

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

مجلة فصلية محكمة
تصدرها
كلية الحقوق
جامعة الاسكندرية

العدد الثانى ٢٠٠٣

الناشر
دار الجامعة الجديدة
٣٨ش سوتير - الأزاريطة
تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية الإقتصادية

مـجلة الحقـوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

مجلة فصلية محكمة تصدرها كلية الحقوق
جامعة الإسكندرية

الناشر
دار الجامعة الجديدة
٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية
تليفاكس ٤٨٦٨٠٩٩٠

رؤساء التحرير السابقون

أ.د. زكي عبد المتعال - مؤسس المجلة	١٩٤٢ - ١٩٤٥
أ.د. عبد المعطي الخيال	١٩٤٥ - ١٩٤٦
أ.د. السعيد مصطفي السعيد	١٩٤٦ - ١٩٤٩
أ.د. حسن أحمد بغدادي	١٩٤٩ - ١٩٥٢
أ.د. حسين فهمي	١٩٥٢ - ١٩٥٩
أ.د. أنور سلطان	١٩٥٩ - ١٩٦٤
أ.د. علي صادق أبو هيف	١٩٦٤ - ١٩٦٦
أ.د. أحمد شمس الوكيل	١٩٦٦ - ١٩٦٨
أ.د. حسن حسن كيره	١٩٦٨ - ١٩٧١
أ.د. مصطفي كمال طه	١٩٧١ - ١٩٧٤
أ.د. علي محمد البارودي	١٩٧٤ - ١٩٧٧
أ.د. محسن خليل	١٩٧٧ - ١٩٧٩
أ.د. توفيق فرج	١٩٧٩ - ١٩٨٢
أ.د. جلال ثروت محمد	١٩٨٢ - ١٩٨٥
أ.د. جلال علي العدوي	١٩٨٥ - ١٩٨٨
أ.د. مصطفي الجمال	١٩٨٨ - ١٩٩١
أ.د. محمد زكي أبو عامر	١٩٩٢ - ١٩٩٣
أ.د. محمد السعيد الدقاق	١٩٩٤ - ١٩٩٨
أ.د. مصطفي سلامة حسين	١٩٩٨ - ٢٠٠١

المحتويات

التعاقد عن بعد

قراءة تحليلية فى التجربة الفرنسية

مع إشارة لقواعد القانون الأوربى

الدكتور

محمد حسن قاسم

قسم القانون المدنى

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية


بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

لا شك أن تتبع حركة القانون وتطوره يؤكد حقيقة ارتباطه الوثيق بالمستجدات الاقتصادية والاجتماعية والتقنية فى المجتمع . من المؤكد كذلك أن مواكبة القانون لهذه المستجدات وسرعة ملاحقتها يعد أحد معايير الحكم على حسن أداء القانون لوظيفته باعتباره أداة للتقدم والرقى وفقاً لطموحات الجماعة وما تصبو إلى تحقيقه من أهداف (١) .

هذا وإذا كانت المعاملات فى صورها المختلفة ، وأيا كان أطرافها ، ما هى إلا انعكاس لأساليب الانتاج والتوزيع الاقتصادى ومدى تأثرها بالتقنيات السائدة فى محيطها ، لذا كان لابد من أن يستجيب القانون لكل مقتض أو تطور اقتصادى أو تقنى .

من هنا كان اهتمام المشرع الفرنسى بتنظيم التعاقد عن بعد . فإذا كان هذا النوع من المعاملات، وعلى نحو ما سوف نرى ، ليس بالظاهرة الجديدة ، فلا ريب فى أن التطور الهائل الحادث الآن بشأن وسائل الاتصالات وتقنياتها المختلفة قد أضفى على هذه الظاهرة أبعاداً جديدة

---

(١) هذا مع مراعاة ما للقانون من دور كذلك فى توجيه سير التطورات التى تلحق بالمجتمع .

راجع فى دور القانون فى هذا الصدد ، د. حمدى عبد الرحمن ، فكرة القانون ، بحث فى تعريف القانون وأهدافه وأساسه ، دار الفكر العربى ١٩٧٨ ، ص٢٩ .

وانظر أيضاً ، د. محمد حسين منصور ، المسئولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٢ ، ص ٧ .

ويعبر البعض عن ذات الفكرة متسائلاً :

Que pourrait être le droit sinon une technique d'appréhender de façon satisfaisante la "réalité vivante" par l'intermédiaire des règles juridiques? Vincent Gautier, Le contrat éléctronique international, Bruylan, 2[e]éd. 2002, p. 18 .

على نحو قدر معه هذا المشرع ضرورة تنظيمها أخذاً فى الاعتبار ما استجد من تطورات وما استحدث من تقنيات . فالأمر لم يعد فى الواقع مقتصراً على رسالة مكتوبة ترسل من خلال الخدمة البريدية بين طرفين من مكان إلى آخر . فقد تطورت وسائل الاتصال عن بعد تطوراً كبيراً واتسع نطاق استخدامها وأصبحت اداة رئيسية فى المعاملات ، ولم يعد استخدامها مقصوراً على المنشآت الكبيرة بل انضمت إليها المنشآت الصغيرة (٢) ، وأصبحت وسيلة ، فى الكثير من الحالات ، لتلبية احتياجات المستهلكين ، سواء فى مجال السلع أو الخدمات .

مواكبة لهذا التطور ، ومراعاة لضرورة تفاعل القانون مع كل تطور يطرأ على المجتمع ، كان تدخل المشرع الفرنسى بمقتضى المرسوم رقم ٢٠٠١ – ٧٤١ بتاريخ ٢٠٠١/٨/٢٣ (٣) والذى حاول من خلاله وضع تنظيم شامل للتعاقد عن بعد مستجيباً بذلك للتوجيهات الأوربية الصادرة فى هذا الشأن (٤) وتلبية لضرورات حماية المتعاملين

---

(٢) راجع ، د. حسام لطفى ، الإطار القانونى للمعاملات الإلكترونية ، القاهرة ٢٠٠٢ ص٧ .

(٣) Ordonnance n° 2001- 741 du 23 août portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, J.O., 25/8/2001 .

وقد جاء الفصل الثانى من هذا المرسوم بعنوان Les contrats conclus à distance متضمناً فى هذا الصدد ١٥ مادة ، ادمجت فى صلب تقنين الاستهلاك (الصادر بمقتضى القانون رقم ٩٣ – ٩٤٩ فى ١٩٩٣/٧/٢٦) فى جزئه التشريعى ، والذى أصبح المبحث الثانى من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول منه ، وفق المرسوم المشار إليه بعنوان Ventes de biens et fournitures de prestations de services à distance .

(٤) ونقصد بذلك بصفة خاصة التوجيه الأوربى رقم ٩٧– ٧ بتاريخ ١٩٩٧/٥/٢٠ والمتعلق بحماية المستهلكين فى مجال التعاقد عن بعد .

J.O.C.E. 4/6/1997, n° L144, p. 19 .

من خلال وسائل الاتصال عن بعد ، وبصفة خاصة الحديث منها .

والواقع أن مثل هذا التنظيم لا يمكن النظر إليه بمعزل عن سياقه العام المتمثل فى السياسة التشريعية التى بدأت منذ سبعينيات القرن العشرين فى الدول المتقدمة ومنها فرنسا والتى تجسدت فى التشريعات المتعددة الهادفة لكفالة حماية فعالة للمستهلك والتى يحويها الآن تقنين الاستهلاك الصادر فى ١٩٩٣/٧/٢٦ (٥) .

الوضع يختلف ، بلا ريب ، فى مصر حيث لايزال التشريع بعيداً عن التناول المباشر لحماية المستهلك بصفة عامة ، والتعاقد عن بعد بصفة خاصة (٦) .

لذلك رأينا أن نقصر الدراسة فى هذا البحث على التشريع الفرنسى وحده دون مقارنة بالوضع فى القانون المصرى ، إذ لايزال هذا الأخير ، وكما ذكرنا فيما تقدم ، بعيداً عن تناول موضوع هذه الدراسة ، فهو لا يتضمن نصوصاً فى هذا الصدد يمكن أن تشملها المقارنة ، فالمقارنة فى مثل هذه الحالة لا محل لها .

بالإضافة إلى ذلك فإننا نعتقد أنه لا يمكن التعويل على القواعد العامة لإجراء مثل هذه المقارنة ، فالتعاقد عن بعد فى ظل وسائل الاتصال الحديثة أثار من الاشكالات ما تقصر القواعد العامة فى الكثير من الحالات عن الإحاطة به ، الأمر الذى اقتضى مواجهته بحلول غير تقليدية (٧) .

---

(٥) سابق الاشارة إليه .

(٦) راجع فى ذلك د. أحمد محمد الرفاعى ، الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدى ، دار النهضة العربية ١٩٩٤ ص١ .

(٧) فى هذا المعنى راجع د. أحمد السعيد الزقرد ، حق المشترى فى إعادة النظر فى عقود البيع بواسطة التلفزيون ، مجلة الحقوق – صادرة عن مجلس =

هذا وتبدو أهمية دراسة التجربة الفرنسية فى مجال تنظيم التعاقد عن بعد من عدة نواح :

فيلاحظ أولاً أن تدخل المشرع الفرنسى فى هذا المجال كان قد سبقه تجربة أخرى اقتصر نطاقها على تنظيم البيع عن بعد وبصفة خاصة عن طريق التلفزيون والمسمى télé-achat (٨) ، وكان ذلك فى حقيقة الأمر نواة التنظيم الجديد ، محل الدراسة ، غير أن المشرع أراد للتنظيم الجديد أن ينبسط نطاقه ليشمل التعاقد عن بعد بصفة عامة ، وأيا كانت وسيلته ، فجاء هذا التنظيم الأخير نتاج تجربة عملية سابقة مكنت المشرع من التعرف على نواقص تجربته السابقة والعمل على تلافيها من ناحية ، وتدعيم الأدوات القانونية اللازمة لتحقيق أهدافه المأمولة من ناحية أخرى .

من ناحية ثانية ، وكما أشرنا فيما تقدم ، فقد جاء التنظيم الفرنسى الجديد لموضوع التعاقد عن بعد استجابة للتوجيهات الأوربية الصادرة فى هذا الشأن والتى ألزمت الدول أعضاء الاتحاد الأوربى بتنظيم هذا النوع من التعامل (٩) على النحو الذى يجعل من دراسة

- النشر العلمى ، جامعة الكويت ، السنة ١٩ ، العدد ٣ ، سبتمبر ١٩٩٥ ص١٧٩ وما بعدها ، بصفة خاصة ص١٨٣ .

(٨) راجع فى تفصيلات هذا الموضوع د. محمد السعيد رشدى ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ، مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٨ .

(٩) أنظر المادة ١٥ - ١ من التوجيه الأوربى رقم ٩٧ - ٧ المتعلق بحماية المستهلكين فى مجال التعاقد عن بعد ، والسابق الإشارة إليه ، حيث ورد بها :

"Les états membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard trois ans après son entrée en vigueur . ils en informent immédiatement la commission" .

التجربة الفرنسية فى هذا المجال إطلاله فى ذات الوقت على مجمل تنظيم موضوع التعاقد عن بعد على الصعيد الأوربى ، ولا يخفى ما لهذا البعد من أهمية تفرضها ظروف مجتمع المعاملات المعاصر من عولمة وسريان اتفاقيات الجات والطابع الدولى لكثير من المعاملات الإلكترونية، على نحو يجعل تأثرنا بالقواعد الأوربية السارية فى هذا المجال أمراً مؤكداً (١٠) .

وتبدو أهمية دراسة موضوع التعاقد عن بعد بصفة عامة كذلك من ناحية ارتباطه الوثيق بموضوعات قانونية هامة مما هو مطروح الآن على بساط البحث . فتنظيم التعاقد عن بعد يرتبط بضرورات حماية المستهلك الذى يتعاقد من خلال هذا الطريق . وباعتبار التجارة الإلكترونية تطبيقاً من تطبيقات التعاقد عن بعد ، فلا شك أن تنظيم الأخير يعنى فى ذات الوقت إثارة العديد من التساؤلات المرتبطة بالجوانب القانونية لهذا النوع من التعامل . كما أن تنظيم التعاقد عن بعد يعد كذلك التمهيد الطبيعى لتطوير التجارة الإلكترونية وإزالة معوقاتها ، وهو أمر باتت كافة الدول تسعى إلى تحقيقه .

بالإضافة إلى ما تقدم فإن مراعاة خصوصيات التعاقد عن بعد من ناحية ، والأهداف التى ابتغى المشرع الفرنسى تحقيقها من وراء تنظيمه من ناحية أخرى ، قد ألقى بظلاله على تطوير الكثير من المفاهيم التقليدية سواء فى ابرام التصرفات القانونية وإثباتها أم فى مجال الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه .

وتجدر الاشارة أخيراً إلى أن ما تثيره بعض صور التعاقد عن بعد من تساؤلات يتجاوز نطاق القانون الداخلى ليدخل فى نطاق الاتفاقيات الدولية التى تصبح واجبة الإعمال إذا ما توافرت شروط تطبيقها .

---

(١٠) راجع فى ذلك ، د. محمد حسين منصور ، المسئولية الإلكترونية ، سابق الإشارة إليه ، ص١٣١ .

لذلك كله رأينا أن نخصص دراستنا الحالية لموضوع التعاقد عن بعد، من خلال التنظيم الذى أتى به المشرع الفرنسى فى هذا المجال ، لنتناول فيها بيان ما تميزت به هذه التجربة التشريعية ، دون تجاهل ما قد يؤخذ عليها فى ضوء أهدافها المعلنة .

نأمل أن يكون للوقوف على الأبعاد المختلفة لموضوع هذه الدراسة من خلال هذه التجربة التشريعية الهامة قدر من فائدة إذا ما أن للمشرع المصرى تنظيم موضوع التعاقد عن بعد ، أو بعض من جوانبه ، استجابة لما بات ملحًا من مستجدات الحياة التعاقدية والتقنيات الحديثة وما أدت إليه من ثورة فى الاتصالات ، وهو الأمر الذى نعتقده قريب التحقق وذلك بالنظر لما هو متداول الآن من مشروعات ومقترحات بقوانين وبصفة خاصة فيما يتعلق بتنظيم التوقيع الإلكترونى (١١) والمعاملات الإلكترونية (١٢) .

---

(١١) أنظر مشروع قانون تنظيم التوقيع الإلكترونى (معد بمعرفة لجنة مشكلة بمعرفة وزارة الاتصالات والمعلومات) أورده د. حسام لطفى بمرجعه سابق الإشارة إليه ، ص١٩٢ وما بعدها) .

(١٢) وراجع مشروع قانون المعاملات الإلكترونية (مقترح اعده د. حسام لطفى ، وصاغ القسم الخاص بالجرائم والعقوبات د. مدحت رمضان ، وقدم إلى لجنة تنمية التكنولوجية بمركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار لمجلس الوزراء فى مارس ٢٠٠١) أورده د. حسام لطفى ، بالمرجع سالف الإشارة إليه ص١٨٨ وما بعدها ويشير سيادته إلى أن هذا المقترح لم يحظ بالأغلبية المناسبة .

مقدمة

يكاد يجمع الفقه على تعريف العقد بأنه اتفاق إرادتين على احداث أثر قانونى معين (١٣) وتعرفه المادة ١١٠١ من القانون المدنى الفرنسى بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر تجاه شخص أخر أو أكثر باعطاء أو بعمل او بالامتناع عن عمل شئ معين (١٤) . وتعبر المادة ٨٩ من القانون المدنى المصرى عن هذا الاتفاق الإرادى بقولها « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ... » .

هذه التعريفات تؤكد فى الواقع صحة القول بأن الأصل فى التعاقد أن يكون بين حاضرين (١٥) ، فالتقاء الإرادات اللازم لإتمام العقد قد

---

(١٣) انظر على سبيل المثال ، د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد (١) المجلد الأول نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبى الحقوقية ، بيروت ٢٠٠٠ ، ص١٥٠ ، د. عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للإلتزام وفقًا للقانون الكويتى (دراسة مقارنة) الجزء الأول مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) المجلد الأول ، نظرية الالتزام - تحليل العقد ، باعتناء د. محمد الألفى مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٢ ، ص٥٢ . د. عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ١٩٧٤ ص٥١ .

J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3[e]éd. par J. Ghestin, L.G.D.J. 1993 p. 3 .

حيث يقرر بأن :

"Le contrat est généralement défini comme un accord de volontés en vue de produire des effets de droit"

F. Terré, Ph. Similer et Y. Lequette, Droit civil , les obligations, Précis Dalloz, 7[e]éd. 1999, p. 52 .

(١٤) Art. 1101 "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner à faire ou à ne pas faire quelque chose" .

(١٥) د. جابر عبد الهادى الشافعى ، مجلس العقد فى الفقه الإسلامى والقانون =

يبدو متعارضاً مع فكرة التعاقد عن بعد زماناً أو مكاناً .

وبالرغم من ذلك ، وبصرف النظر عن الفرض الخاص بالتعبير عن ارادة أحد المتعاقدين بواسطة نائب عنه ، فإن العقود التى تبرم دون الحضور المادى المتعاصر للمتعاقدين ، والمسمى بالتعاقد بين الغائبين ، هو واقع يقره صراحة كثير من التشريعات (١٦) ويعبر عن ممارسة تعاقدية ليست بالحديثة .

فقد شهدت فرنسا مولد البيع بالمراسلة منذ عام ١٨٦٧ حيث قام Aristide Boucicaut مؤسس محلات Bon Marché ، وبقصد مواجهة المنافسة الشديدة من قبل المحلات التجارية الكبيرة - وخاصة محلات Printemps الشهيرة - والوصول إلى الزبائن بالأقاليم الفرنسية المختلفة، بتوزيع أول كتالوج للبيع بالمراسلة فى التاريخ المذكور ، ، وقد شهد ذلك استجابة واسعة بمقاييس ذلك الوقت (١٧) . كما ساعدت التطورات التى شهدتها الخدمات البريدية على التوسع فى ممارسة البيع

- الوضعى ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠١ ص٢٣٨ .

(١٦) انظر على سبيل المثال ، المادة ١/٩٧ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أنه « يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك» .

(١٧) راجع فى ذلك :

Stéphane Retterer, Le télé - achat : Un contrat de vente à distance au regard du droit communautaire, in contrats - concurrence - consommation, Hors série, éd. Juris- classeur, Décembre 2000, Droit de la consommation, 10 ans de jurisprudence, 1990- 2000, p. 303 .

لمزيد من التفاصيل حول تاريخ البيع بالمراسلة وأصوله ، راجع :

A. Carillon, Les origines de la vente par correspondance, éd. Syndicat de la VPC, 1984 .

وانظر أيضاً :

D. Ferrier, Droit de la distribution, 2[e]éd. Litec 2000, p. 171 .

بالمراسلة وإقدام الكثير من المشروعات التجارية الفرنسية الشهيرة على مثل هذا النوع من التعامل (١٨) .

الواقع أنه منذ ظهور البيع بالمراسلة بمعناه الضيق ، أى البيع من خلال تبادل الخطابات ، إلى ظهور صور التعاقد عن البعد عبر وسائل الاتصال الأخرى كالتليفون والتلغراف والتلكس والفاكس ، وعبر جهاز المنيتل (١٩) والبيع من خلال التلفزيون وصولاً إلى التجارة الإلكترونية من خلال شبكة المعلومات الدولية : الإنترنت (٢٠) ، فإن مثل هذا

---

(١٨) فقد بدأته محلات La Redoute فى عام ١٩٢٢ و Blanche Borte فى ١٩٢٣ و Les trois Suisses فى ١٩٣٢ .

أنظر المراجع المشار إليها فى الهامش السابق .

(١٩) فى أهمية أجهزة المنيتل فى مجال المعاملات فى فرنسا . راجع د. محمد حسام لطفى ، عقود خدمات المعلومات ، دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى ، القاهرة ١٩٩٤ ، ص١٧ هامش (٤) .

(٢٠) ويعرف بعض الفقه عقود التجارة الإلكترونية بأنها « مجموع المبادلات المرقمة المرتبطة بالأنشطة التجارية بين المشروعات ، أو بين المشروعات والأفراد ، أو بين المشروعات والادارة ، ويتميز بالغاء المسافات الجغرافية واختصار الوقت » . د. حسام الأهوانى فى « إثبات عقود التجارة الالكترونية » ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون وتحديات المستقبل فى العالم العربى ، نظمته كلية الحقوق – جامعة الكويت ، فى الفترة من ٢٥ – ٢٧ اكتوبر ١٩٩٧ ص٢ .

ويعرف البعض التجارة الإلكترونية بأنها « عملية استخدام المشروع التجارى للمعلوماتية ، من خلال ارتباطه بشبكة اتصالات لكى يتصرف ويتعامل فى إطار البيئة التى يعمل فيها ، أى هى استخدام الوسائل الإلكترونية فى الأنشطة التجارية للمشروع » . د. محمد السيد عرفه ، التجارة الدولية الإلكترونية عبر الإنترنت ، مفهومها ، والقواعد القانونية التى تحكمها ، ومدى حجية المخرجات فى الإثبات : بحث مقدم إلى مؤتمر : القانون والكمبيوتر والإنترنت ، نظمته كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، فى الفترة من ١ إلى ٣ مايو ٢٠٠٠ ، ص٦ .

ويعرفها البعض الآخر بأنها « جميع المعاملات التى تتم عبر الإنترنت حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية ، وإن كان الغالب أن تتمتع بهذه الصفة –

الأسلوب التعاقدى يثير اشكالات قانونية مختلفة لعل أبرزها ، وأكثرها تقليدية ، تحديد زمان ومكان انعقاد العقد ، أى لحظة تحقق التلاقى بين ارادتى المتعاقدين ، وذلك بالنظر لما يتوقف على هذا التحديد من إعمال الكثير من القواعد القانونية (٢١) .

= التجارية بالنظر إلى مقدم السلعة أو الخدمة والذى غالباً ما يكون تاجراً » .
د.اسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، سابق الإشارة إليه ، ص٣٤ - ٣٥ .

وفى ذات التعريف أيضاً ، د. فريد عبد المعز فرج ، التعاقد بالإنترنت ، مجلة البحوث الفقهية والقانونية ، تصدرها كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر (فرع دمنهور) العدد الثامن عشر ، الجزء الأول ٢٠٠٣ ص٤٧١ وما بعدها ، خاصة ص٤٨٦ .

وفى عرض للتعريفات المختلفة للتجارة الإلكترونية راجع ، د. رأفت رضوان ، عالم التجارة الإلكترونية ، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، القاهرة، ١٩٩٩ ص١٢ وما بعدها ، ويخلص المؤلف من هذه التعريفات إلى أن التجارة الإلكترونية هى « تنفيذ كل ما يتصل بعمليات شراء وبيع البضائع والخدمات والمعلومات عبر شبكة الإنترنت والشبكات التجارية العالمية الأخرى». المرجع المشار إليه ص١٦ .

فى تفاصيل الجوانب المختلفة للتجارة الإلكترونية راجع :

L. Bouchurberg, Internet et commerce électronique, éd, Delmas-Dalloz, 2eéd, 2001 .

C. Feral- Schuhal, Cyberdroit : L'internet à l'épreuve du droit, Dalloz, 3eéd. 2002 .

M. Vivant, Les contrats du commerce électronique, Litec, 1999 .

وانظر أيضاً :

J. Huet, La problématique juridique du commerce électronique, Revue de jurisprudence commerciale, n° 1 , 2001, p. 17 et s .

(٢١) فى اعتبار عقود التجارة الإلكترونية التى تتم عبر الإنترنت من العقود التى تتم عن بعد ، انظر ، بالإضافة إلى المراجع السابقة : د. جابر عبد الهادى ، المرجع سابق الإشارة إليه ص٢٩٧ وما بعدها . د. ممدوح محمد خيرى هاشم المسلمى ، مشكلات البيع الإلكترونى عن طريق الإنترنت ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ ص١٢ .

منذ زمن ليس بالقصير حاول الفقه والقضاء الفرنسى التوصل إلى حلول للإشكالات التى يثيرها التعاقد بين الغائبين ، غير أن الملاحظ أنه رغم أهمية هذه الحلول فقد ظلت سمتها الأساسية التباين الواضح إن على مستوى القضاء أو على مستوى الفقه .

مواجهة لعدم الوضوح الذى خلفته هذه المحاولات – والذى ظهرت حدة آثاره ، بصفة خاصة ، مع تطور حجم ونطاق المعاملات العابرة للحدود بفضل التوسع فى استخدام وسائل الاتصال الحديثة – تعددت المبادرات التشريعية ، سواء على مستوى القانون الفرنسى أم على الصعيد الأوربى ، والهادفة ، بصفة عامة ، إلى وضع إطار قانونى للتعاقد عن بعد .

هكذا ، واتساقاً مع السياسة التشريعية ، التى باتت تقليدية فى القانون الفرنسى ، والرامية إلى حماية المستهلك (٢٢) اصدر المشرع الفرنسى العديد من القوانين فى هذا المجال نذكر منها ، وفيما يخص

---

(٢٢) راجع بصفة خاصة :

J. Calais- Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, Précis Dalloz, 5e éd. 2000 ; N. Sauphanor, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, L.G.D.J, 2000; J. Calais - Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, R.T.D. civ. 1994, p. 239 et s , et R.T.D. com. 1998, p. 115 et s; A. Sinay- Cytermann, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J. 1996, p. 241 et s.; J. Huet, Elements de réflexion sur le droit de la consommation, Petites Affiches, 8/11/2001, p. 1 et s .

وراجع كذلك :

د. السيد عمران ، حماية المستهلك اثناء تكوين العقد ، منشأة المعارف ١٩٨٦ ، د. أحمد محمد الرفاعى ، الحماية المدنية للمستهلك ، سابق الإشارة إليه ، د. حسن جميعى ، حماية المستهلك ، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك فى عقود الإستهلاك ، القاهرة ١٩٩٦ .

موضوع دراستنا ، القانون رقم ٨٨ - ٢١ الصادر بتاريخ ١٩٨٨/١/٦ المتعلقة بعمليات البيع بالتلفزيون والذى قرر فى مادته الأولى حق المستهلك في العدول فى حالة البيع عن بعد ، فقد نصت هذه المادة على أنه « فى كل عمليات البيع عن بعد يحق لمشترى المنتج ، خلال مدة سبعة أيام كاملة محسوبة من تاريخ تسلمه طلبيته ، إرجاعه إلى البائع أما لاستبداله بآخر ، أو لرده واسترداد ثمنه ، دون أية جزاءات باستثناء مصاريف الرد » (٢٣) . ومن ذلك أيضًا القانون رقم ٩٢ - ٦٠ بتاريخ ١٩٩٢/١١/١٨ بشأن تدعيم حماية المستهلكين والذى تناولت الفقرة الأولى من مادته الخامسة التزام المهنى باعلام المستهلك فى حالات عروض البيع عن بعد الموجهة إلى المستهلك ، فقد نصت الفقرة المشار إليها على أنه « فى كل عرض بيع مال أو أداء خدمة عن بعد موجه إلى المستهلك يلتزم المهنى بأن يذكر اسم مشروعه ، أرقام تليفوناته وأيضاً عنوان مركزه - وإذا كان مختلفًا - عنوان المؤسسة المسئولة عن العرض » (٢٤) . وقد تم إدماج هذين النصين فى تقنين الإستهلاك فى مادتيه ل ١٢١ - ١٦ الفقرة الأولى ، والمادة ل ١٢١ - ١٨ .

بالرغم من هذه المجهودات التشريعية التى هدفت بصفة أساسية لتوفير الحماية للمستهلك المتعاقد عن بعد ، فقد ظل مفهوم التعاقد عن بعد فى ذاته دون تحديد تشريعى . استمر الوضع على هذا النحو إلى

---

(٢٣) "Pour toutes les opération de vente à distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours francs à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échange ou remboursement, sans pénalité à l'exception des frais de retour" .

(٢٤) "Dans toute offre de vente d'un bien ou de fourniture d'une prestation de service qui est faite à distance à un consommateur, le professionnel est tenu d'indiquer le nom de son entreprise, ses coordonnées téléphoniques ainsi que l'adresse de son siège et, si elle est différente, celle de l'établissement responsable de l'offre" .

أن صدر التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ بشأن حماية المستهلكين فى مجال التعاقد عن بعد [٢٥] ، والذى هدف إلى تشجيع البيع العابر للحدود عن بعد ، واعتبرته الأجهزة الأوربية المعنية أحد أبرز المظاهر العملية تجسيداً لتحقق السوق الأوربية .

وفق هذا التوجيه كان على الدول أعضاء الاتحاد الأوربى اصدار التشريعات اللازمة ، أو مواءمة تشريعاتها القائمة ، بما يتفق ومقتضياته [٢٦] . وهذا ما أجراه المشرع الفرنسى بمقتضى المرسوم رقم ٢٠٠١ - ٤١ بتاريخ ٢٠٠١/٨/٢٣ [٢٧] . وقد أخذ المشرع الفرنسى فى هذا المرسوم جوهر ما تضمنه التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ ، سالف الإشارة إليه ، الأمر الذى اقتضى ادخال نصوص جديدة إلى تقنين الإستهلاك وتعديل نصوص أخرى منه .

- مفهوم التعاقد عن بعد :

بصدور المرسوم رقم ٢٠٠١ - ٧٤١ أصبح هناك تحديداً تشريعياً لمفهوم التعاقد عن بعد . فوفقاً للمادة رقم ل ١٢١ - ١٦ الجديدة من تقنين الاستهلاك ، والتى ادخلت إليه بمقتضى المرسوم المشار إليه وفى معرض بيانها لنطاق تطبيق النصوص الواردة ضمن الفصل المخصص

---

(٢٥) سابق الإشارة إليه ، وراجع بشأنه :

M. Trochu, Protection des consommateurs en matière de contrats à distance : directive n° 97- 7 CE du 20 mai 1997, Recueil Dalloz, 1999, chronique p. 179 et s .

(٢٦) راجع المادة ١٥ من التوجيه المذكور ، حيث اوجبت هذه المادة على الدول الأعضاء مواءمة تشريعاتها لمقتضى التوجيه خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات من تاريخ دخوله حيز النفاذ .

(٢٧) سابق الإشارة إليه .

ويلاحظ أن هذا المرسوم قد أصدرته الحكومة الفرنسية بمقتضى ترخيص لها بإصداره بمقتضى القانون رقم ٢٠٠١ - ١ بتاريخ ٢٠٠١/١/٣ .

لبيع الأموال وأداء الخدمات عن بعد ، تنطبق هذه التصرفات على « ... كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادى المتعاصر للأطراف ، بين مستهلك ومهنى ، واللذين يستخدمان لابرام هذا العقد ، على سبيل الحصر ، وسيلة أو اكثر من وسائل الاتصال عن بعد » (٢٨) .

من خلال هذا النص يمكن القول بأن نطاق التعاقد عن بعد ، والذى يتحدد – كما يتضح من النص المذكور – فى ضوء طبيعة هذا التعاقد من ناحية وصفة أطرافه من ناحية أخرى ، قد أصبح ، بصفة مبدئية ، محدداً على نحو واضح .

فمن حيث طبيعة التعاقد عن بعد ، أو سماته الأساسية ، وفى ضوء مفهوم التعاقد بين الغائبين ، وعلى نحو ما يتضح بجلاء من نص المادة ل ١٢١ – ١٦ من تقنين الاستهلاك ، سالفة الذكر ، يمكن القول بأن السمة الأساسية لهذا النوع من التعاقد تتمثل فى عدم الحضور المادى المتعاصر لأطرافه فى لحظة تبادل الرضاء بينهم ، فالعقد يبرم بين طرفين لا يتواجدان وجهاً لوجه فى لحظة التقاء ارادتهما . الإبرام عن بعد هو إذن المميز الأساسى ، والذى يسمح بإضفاء هذا الوصف ، على هذا النوع من التعامل ، وذلك بصرف النظر عما إذا كان تنفيذه يتم عن بعد كذلك أم لا .

بالإضافة إلى ما تقدم فإن اعتبار التعاقد عن بعد يقتضى أن يكون إبرامه عبر وسيلة أو اكثر من وسائل الاتصال عن بعد . ويلاحظ بشأن

---

(٢٨) Art. L. 121-16 : "Les dispositions de la présente section s'appliquent à tout vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance" .

هذه السمة الثانية من سمات التعاقد عن بعد أنه لم يرد بالمرسوم الفرنسي نص يعرف هذه الوسائل أو يحددها (٢٩) ، لا شك أن ذلك يفسره التطور التكنولوجي المتسارع في مجال الاتصالات عن بعد ووسائلها على نحو فضل معه المشرع أن تترك هذه الوسائل دون تحديد تحسباً لما قد يفصح عنه المستقبل من وسائل جديدة .

وجدير بالذكر أن التوجيه الأوربي رقم ٧/٩٧ -سابق الاشارة إليه- لم يرد به تعداد حصري لوسائل الاتصال عن بعد وإنما اكتفى باعطاء أمثلة لهذه الوسائل في الملحق المرفق به ، وذلك أيضاً ما تضمنه التقرير المقدم إلى رئيس الجمهورية الفرنسي بشأن المرسوم رقم ٢٠٠١ - ٧٤١ . من الوسائل التي ورد ذكرها في الملحق والتقرير المذكورين : المطبوعات غير المعنونة ، المطبوعات المعنونة ، الخطابات النموذجية ، المطبوعات الصحفية مع طلب شراء ، الكتالوجات ، تليفون مع تدخل بشري أو بدون تدخل بشري (نداء آلي automate d'appel أو وسيلة اتصال سمعية audiotexte) الراديو ، التليفون مع اظهار الصورة visiophone (téléphone avec image) ، وسيلة اتصال مرئية vidéotexte (شاشة التلفزيون مثلاً) الإنترنت ، رسالة الكترونية ، آلة ناسخة عن بعد (télécopieur) التلفزيون (البيع أو الشراء بواسطة التلفزيون télé - achat, télé - vente) ، التلفزيون التفاعلي (télévision interactive) ...

هذا وإذا كان المشرع الفرنسي لم يحدد وسيلة الاتصال عن بعد التي يمكن أن تتخذ اداة لابرام العقد فإنه في المقابل قيد استخدام بعض

---

(٢٩) وذلك على خلاف الوضع في التوجيه الأوربي رقم ٩٧ - ٧ والذي تضمنت المادة الثانية منه تعريفاً لوسائل الاتصال عن بعد بأنها :

" Tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties..." .

هذه الوسائل بقصد حماية المستهلك في مواجهة بعض الممارسات التجارية التي يلجأ إليها بعض المهنيين بقصد الترويج والاعلان لمنتجاتهم مع ما قد يتضمنه ذلك من ضغط على إرادة المستهلك دفعاً له على التعاقد ، لذلك فقد حظرت الفقرة الأولى والثانية من المادة ل ١٢١ - ٢٠/ ٥ من تقنين الاستهلاك الترويج المباشر من قبل المهني عبر وسيلة النداءات الآلية automate d'appel أو الآلة الناسخة عن بعد télécopieur تجاه مستهلك لم يعبر عن رضائه بتلقي العروض من خلال هذه الوسائل . وبالإضافة إلى ذلك، فإذا كانت وسائل الاتصال عن بعد تسمح بالاتصال الفردي - وذلك فيما عدا وسيلة النداء الآلي والآلة الناسخة عن بعد - فإنه لا يمكن استخدامها إلا إذا كان المستهلك لم يظهر معارضة في تلقي مثل هذه الاتصالات .

أما عن الكيفية التي يمكن أن يعبر المستهلك من خلالها عن موافقته، أو معارضته ، في تلقي اتصالات عبر الوسائل المذكورة فيما تقدم ، فيتم تحديدها بمقتضى مرسوم يصدره مجلس الدولة (٣٠) .

في ضوء ما تقدم ، وعلى هدى ما ورد بالمادة ل ١٢١ - ١٦ من تقنين الاستهلاك - سابقة الذكر - يمكن القول بأنه يعتبر ضمن صور التعاقد عن بعد البيع بالمراسلة بمعناه الضيق وصولاً إلى البيع عبر الإنترنت ، فالعقد الأخير صورة من صور التعاقد عن بعد (٣١) .

---

(٣٠) انظر المادة ل ١٢١ - ٢٠/ ٥ فقرة ٣ من تقنين الإستهلاك .

(٣١) J. Parra, Commerce électronique et protection du consommateur, Le Dalloz, 2002, Doctrine p. 555 et s. spéci. p. 556; L. Grynbaum la directive "commerce électronique" ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique, J.C.P. 2001 - I- 307, p. 598 . I. Pottier, Le commerce électronique sur internet, G.P., 1996- I - Doctrine, p. 298 et s . spéci. p. 299 ; X. Linant de Bellefonds, Commerce électronique, La problématique française, G.P. 1998- II- Doctrine p. 1335 et s. spéci. p. 1338.; Vincent Gautier, Le contrat électronique international, op. cit. p. 127 et s .

والواقع أن التعاقد عن بعد ، في مفهوم التنظيم التشريعي الفرنسي الجديد ، لم يعد قاصراً - كما كان الحال قبل هذا التنظيم - على بيوع المسافات . فإعمالاً لمتطلبات التوجيه الأوربي لعام ١٩٩٧ جاء النطاق الموضوعي لتنظيم التعاقد عن بعد في القانون الفرنسي شاملاً ، بجانب البيع ، أداء الخدمات عن بعد . وأصبح المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الأول من تقنين الإستهلاك بعنوان « بيع الأموال وتوريد أداء الخدمات عن بعد» بعد أن كان بعنوان « البيع عن بعد» (٣٢).

وهنا قد يثور التساؤل عما إذا كان تعبير « تقديم أو أداء الخدمات عن بعد» يعني فقط عقود المقاولات مع استبعاد عقود الإيجار عن بعد مثلاً ؟ (٣٣) . الواقع أن الإجابة على هذا التساؤل يجب ، في اعتقادنا ، أن تكون بالنفي ، وذلك إذا ما أخذنا في الاعتبار نص المادة ل ١٢١ - ١٧ الجديدة من تقنين الاستهلاك والمضافة بمقتضى المرسوم رقم ٢٠٠١ - ٧٤١ ، والتي يمكن أن أن نخلص من صياغتها ، وبمفهوم المخالفة ، إلى أن التعاقد عن بعد يمكن أن ينصرف مفهومه أيضًا إلى عقود الإيجار التي تبرم عن بعد (٣٤) .

- د. محمد منصور ، المسئولية الإلكترونية ، سابق الإشارة إليه ص٢٣ ، د. أحمد سعيد الزقرد ، حق المشترى فى إعادة النظر فى عقود البيع بواسطة التلفزيون، ص٢٠٧ - ٢٠٨ . د. اسامة أبو الحسن مجاهد ، البحث سابق الإشارة إليه ص٥٢ ، أ. رامى محمد علوان ، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكترونى ، مجلة الحقوق (كلية الحقوق - جامعة الكويت) العدد (٤) ٢٠٠٢ ص٢٢٩ وما بعدها خاصة ص٢٤٩ .

(٣٢) انظر المادة (٥) من المرسوم رقم ٢٠٠١ - ٧٤١ .

(٣٣) راجع فى هذا التساؤل ، ولكن بشأن التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ ، ملاحظات Raynard فى R.T.D. civ. ١٩٩٧ ص١٠١٥ .

(٣٤) فى هذا التفسير أيضاً :

J. Parra, Commerce électronique et protection du consommateur, Dalloz, 2000, chronique p. 555 .

فى المقابل فقد استثنى المشرع صراحة من الخضوع للأحكام المنظمة للتعاقد عن بعد [٣٥] «عقود تسويق الخدمات المالية» مثل خدمات البنوك وعمليات التأمين عن بعد لدى المستهلكين [٣٦] ، وكذلك العقود التى تبرم عبر مراكز التوزيع الآلى أو العقود المتضمنة أداءات يتم تقديمها فى المحلات التجارية التى تعمل بنظام آلى ، وأيضاً العقود المبرمة من خلال الإتصال باستخدام الكبائن التليفونية العامة ، وعقود انشاء وبيع الأموال العقارية أو المتعلقة بحقوق عقارية أخرى ، باستثناء الايجار ، وأخيراً العقود التى تبرم عبر البيع بالمزادات العلنية .

جدير بالملاحظة ، فى صدد الاستثناءات المذكورة ، أنه إذا كان البيع بالمزاد العلنى يخضع فى القانون الفرنسى لأحكام خاصة به فإنه قد تم تعديل هذه الأحكام بمقتضى القانون رقم ٢٠٠٠ - ٦٤٢ الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٧/١٠ [٣٧] على انه يمكن أن يستخلص منه إمكانية أن يتم البيع فى هذه الحالة عن بعد ، كما جاء بالفقرة الأولى من المادة الثالثة من هذا القانون أن العرض ، من خلال وكيل عن المالك ، لمال بالمزاد العلنى عن بعد بالطريق الإلكترونى ، لإرساله على المتزايد الذى يتقدم بالعطاء الأعلى يعتبر بيعاً بالمزاد العلنى [٣٨] .

لا شك أن هذا النص واضح فى إمكانية إجراء البيع بالمزاد العلنى عن بعد وذلك باستخدام وسيلة إلكترونية .

---

(٣٥) راجع المادة ل ١٢١ - ١٧ من تقنين الإستهلاك .

(٣٦) وصدر بشأن هذه العمليات :

La Directive 2002/65/ CE du Parlement européen et du Conseil du 23/ 9/2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, JOCE, 9/10/2002, n° L. 271, p. 16 .

(٣٧) Loi n° 2000- 642 du 10/7/2000, portant réglementation des ventes volontaires des meubles aux enchères publiques, J.O. 11/7/2000, p. 10474.

(٣٨) م ١/٣ من القانون رقم ٢٠٠٠ - ٦٤٢ .

أما من حيث صفة أطراف التعاقد ، باعتبارها المعيار الثانى المحدد لما يعتبر تعاقداً عن بعد ، فيلاحظ أنه وفقاً لنص المادة ل١٢١ - ١٦ من تقنين الإستهلاك ، وحتى يعتبر العقد المبرم عن بعد خاضعاً للتنظيم الخاص به ، يجب أن يكون هذا التعاقد قد أبرم بين مستهلك من ناحية ومهنى من ناحية أخرى .

وهذا ما يقتضى بطبيعة الحال تحديد المقصود بالمستهلك والمهنى حتى يتسنى بالنتيجة معرفة ما إذا كان العقد المعنى يدخل فى نطاق التنظيم الخاص بالتعاقد عن بعد أم يبقى خارجاً عنه .

يلاحظ فى هذا الصدد أنه لم يرد بالمرسوم رقم ٢٠٠١ - ٧٤١ تحديداً للمقصود بالمستهلك أو المهنى ، وذلك بخلاف ما فعله التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ ، والذى جاء المرسوم إعمالاً له . فقد عرف التوجيه المشار إليه المستهلك بأنه كل شخص طبيعى يبرم عقداً من تلك الخاضعة لهذا التوجيه لغايات لا تدخل فى نطاق نشاطه المهنى (٣٩) . أما المورد Fournisseur فقد عرفه التوجيه المذكور بأنه كل شخص طبيعى أو معنوى يبرم عقداً من تلك الخاضعة لهذا التوجيه وذلك فى اطار نشاطه المهنى (٤٠) .

إذا كان المشرع الفرنسى لم يحرص على وضع تعريف للمستهلك أو المهنى عند وضعه للتشريع الخاص بتنظيم التعاقد عن بعد ، فجدير بالذكر أنه قد ورد بالتقرير المقدم إلى رئيس الجمهورية بشأن المرسوم رقم ٢٠٠١ - ٧٤١ تبرير لذلك حيث جاء بهذا التقرير أن « هذه المفاهيم (المستهلك والمهنى) قد تم ادماجها ضمن القانون الوضعى وبصفة خاصة من خلال أحكام القضاء ... » .

---

(٣٩) المادة (٢) النقطة الثانية من التوجيه المذكور .

(٤٠) المادة (٢) النقطة (٣) من ذات التوجيه .

مؤدى ذلك أنه إذا كان التنظيم الخاص بالتعاقد عن بعد جاء خلواً من تحديد مفهوم المستهلك والمهنى فإن هذا التحديد إنما يجب أن يتم فى ضوء أحكام القضاء والنصوص التشريعية ذات الصلة إن وجدت .

والواقع أنه إذا كان تحديد مفهوم المورد المهنى لا يثير كثيراً من الصعوبات ، فهو كل شخص طبيعى أو معنوى ، خاص أو عام ، والذى يظهر فى العقد المعنى كمهنى محترف ، فإن الأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق بتحديد المقصود بالمستهلك ، حيث لايزال أمر تحديده موضع إنقسام سواء على المستوى الفقهى أو القضائى (٤١) .

فإذا كان المستهلك يعنى – بغير خلاف – المستهلك النهائى ، أى الشخص الطبيعى الذى يبرم العقد لغايات شخصية أو عائلية (٤٢) ، فقد منح القضاء الفرنسى المهنى ، أو المحترف ، الذى يبرم عقداً خارج مجال تخصصه ، بعض جوانب الحماية القانونية المقررة للمستهلك بصفة

---

(٤١) راجع فى ذلك :

J. Mestre, Des notions de consommateur, R.T.D. civ. 1989, p. 62. G. Paisant, Essai sur la notion de consommateur, J.C.P. 1993- I- 3655 .

P. Chazal, Le consommateur existe-t-il ? Dalloz 1997, chronique, p. 260 .

A. Cathelineau, De la notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive, contrats- concurrence- consommation, 1999, chronique n° 13 .

N. Sauphanor, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, op. cit. n° 389 et ss .

A. Karimi , Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, L.G.D.J. 2001, n° 625 et ss .

(٤٢) J. Calais- Auloy et F. Steinnmetz , Droit de la consommation, op. cit., p. 7 .

خاصة فى مجال الحماية فى مواجهة الشروط التعسفية (٤٣) .

لكن الملاحظ أن القضاء الحديث لمحكمة النقض الفرنسية يتجه نحو مفهوم مضيق فى هذا المجال حيث استبعدت هذه المحكمة من نطاق الحماية المقررة للمستهلك إزاء الشروط التعسفية المتعاقد المهنى طالما كان للتصرف الذى أبرمه صلة مباشرةً بنشاطه المهنى (٤٤) .

تساؤل آخر يثور فى هذا الصدد يتعلق بما إذا كان من الممكن أن يعتبر الشخص المعنوى مستهلكًا ؟ وفى الاجابة على ذلك لايزال الفقه الفرنسى منقسمًا ، فبينما يذهب البعض إلى تشبيه الأشخاص المعنوية التى لا تمارس نشاطًا مهنيًا ، كالجمعيات ، والنقابات ، بالمستهلك (٤٥) ، يعارض البعض ذلك ويستبعد الأشخاص المعنوية من نطاق الحماية التى تكفلها قوانين حماية المستهلك وبصفة خاصة تجاه الشروط التعسفية (٤٦) .

وإذا كان مشروعاً كفالة ذات الحماية التى يتمتع بها المستهلك لكل

---

(٤٣) Cass. civ. 28/4/1987, Dalloz 1987, somm. p. 455 obs. Aubert; 6/1/1993, J.C.P. 1993- II- 22007, note Paisant.

(٤٤) Cass. civ. 24/1/1995, D. 1995, Jurisprudence p. 327 note Paisant, 5/3/2002, J.C.P., 2002- II- 10123, note Paisant.

وراجع ، فى نقد فكرة «الصلة المباشرة» باعتباره معيارًا يستبعد من خلاله المهنى من مجال الحماية المقررة للمستهلك :

G. Paisant, A la recherche du consommateur, pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" J.C.P., 2003- I- 121.

(٤٥) G. Paisant, note sous Cour de justice de communautés européennes 22/11/2001, J.C.P. 2002- II- 10047.

(٤٦) G. Raynaud, obs. sur cass. civ. 10/7/1996, contrats. conc. consom. 1996. commentaire, p. 157.

شخص معنوى يكون فى ذات موقف الجهل أو الضعف تجاه المهنى أو المحترف ، فقد كان لمحكمة العدل الأوربية فى ذلك قولاً آخر ، ففى قرار لها بتاريخ ٢٠٠١/١١/٢٢ أوضحت المحكمة موقفها فى هذا الشأن -وفى مجال الشروط التعسفية – بقولها أن المستهلك بالمعنى الوارد فى المادة الثانية من التوجيه الأوربى رقم ١٣/٩٣ بتاريخ ١٩٩٣/٤/٥ بشأن الشروط التعسفية فى العقود المبرمة مع المستهلك ، هو فقط الشخص الطبيعى (٤٧) .

فهل يجب الأخذ ، فى مجال التعاقد عن بعد بهذا المعنى الضيق للمستهلك ، والمعطى له فى مجال الحماية فى مواجهة الشروط التعسفية ، والذى يتطابق فى ذات الوقت مع المادة الثانية من التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ المتعلق بحماية المستهلك فى مجال التعاقد عن بعد والذى صدر المرسوم الفرنسى المنظم للتعاقد عن بعد إعمالاً له ، حيث تبين هذه المادة بوضوح أن المقصود بالمستهلك فى مجال التعاقد عن بعد هو الشخص الطبيعى وحده .

الواقع أن ادماج النصوص الخاصة بالتعاقد عن بعد ، والتى كانت موضوعاً للمرسوم رقم ٢٠٠١ – ٧٤١ ، فى صلب تقنين الاستهلاك ، والذى لم يتضمن هو ذاته تعريفاً محدداً للمقصود بالمستهلك ، يجعل إمكانية الخلاف حول هذا التعريف فى مجال التعاقد عن بعد أمراً محتملاً .

وبذلك يمكن القول بأن التنظيم الفرنسى الجديد للمتعاقد عن بعد لم يخل من الغموض من ناحية تحديد صفة أطراف التعاقد باعتبارها

---

(٤٧) راجع فى ذلك :

C. Rondey, Le consommateur est une personne physique, Le Dalloz, 2002, jurisprudence, p. 90 et s.

أحد المعايير المحددة لنطاق اعماله . وهو بالاضافة إلى ذلك ، ونتيجة له أيضًا ، يبدو أنه لم يأت شاملاً كافة صور التعاقد عن بعد ، فماذا عن التعاقد عن بعد بين الأفراد العاديين من خلال الاعلانات التى يقومون بنشرها بالصحف مثلاً ، وماذا أيضًا عن مثل هذا التعاقد الذى يبرم بين مهنيين ؟ وفضلاً عن ذلك يثور التساؤل فى الفرض الخاص بعدم تواجد المتعاقدين فى النطاق الجغرافى لدول الاتحاد الأوربى (٤٨) عن الأحكام التى يخضع لها تعاقدهما .

إذا كانت التجربة الفرنسية فى مجال التعاقد عن بعد تبدو ، على هذا النحو ، غير جامعة لمختلف صور التعاقد عن بعد ، فهى فى ذات الوقت تطرح تساؤلاً أساسياً بشأن العلاقة التكاملية الممكنة بين أحكام التنظيم التشريعى الخاص بالتعاقد عن بعد والتى تضمنها المرسوم رقم ٢٠٠١ - ٧٤١ ، فى حدوده السابقة ، والأحكام الأخرى التى تتضمنها نصوص أخرى توجد خارج إطار هذا التنظيم تكون ذات صلة بما يثيره هذا النوع من التعامل من اشكالات ، هذه الأحكام قد تتضمنها القواعد العامة فى نظرية العقد ، أو اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولى للمنقولات إذا ما توافرت شروط تطبيقها ، أو التوجيه الأوربى رقم ١٩٩٩/٤٤ الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٥/٢٥ بشأن بعض جوانب البيع والضمانات للأموال الاستهلاكية (٤٩) ، وكذلك التوجيه الأوربى

---

(٤٨) يلاحظ أن التوجيه الأوربى رقم ٩٧ - ٧ يتعلق فقط بالعقود العابرة للحدود بين الدول أعضاء الاتحاد الأوربى (راجع الحيثية الثالثة من الأسباب الموجبة لهذا التوجيه) كما أن المادة ل ١٢١ - ٦/٢٠ من تقنين الاستهلاك (فى صياغتها الناتجة عن المرسوم رقم ٢٠٠١ - ٧٤١) تؤكد أولوية القانون الأكثر حماية للدولة التى بها محل اقامة المستهلك ، والتى اتمت نقل التوجيه المشار إليه ، على القانون المختار من قبل اطراف العقد ، فى إعماله على العقد المبرم عن بعد ، مما يعنى إقامة المستهلك بدولة عضو .

(٤٩) J.O.C.E. 7/7/1999, n° L 171, R 12 .

رقم ٢٠٠٠/٣١ بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٨ بشأن التجارة الإلكترونية (٥٠) ، وأيضاً القانون رقم ٢٠٠٠ - ٢٣٠ بتاريخ ٢٠٠٠/٣/١٣ الخاص بمواءمة قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والمتعلق بالتوقيع الإلكترونى (٥١) والقانون رقم ٢٠٠١ - ١٠٦٢ بتاريخ ٢٠٠١/١١/١٥ المتعلق بالسلامة اليومية (٥٢) ، وكذلك ما تضمنه التوجيه الأوربى بشأن العقود المتعلقة بأداء الخدمات المالية للمستهلكين عن بعد (٥٣) .

ما نريد قوله هو أن التعاقد عن بعد بحكم طبيعته وخصوصياته يثير من الاشكالات والتساؤلات ما يتجاوز حدود الأحكام التى تضمنها التنظيم الذى أفرده له المشرع الفرنسى الأمر الذى يقتضى البحث فى القواعد الأخرى المرتبطة بهذا النوع من التعامل ليتسنى بذلك التصدى لما يثيره .

من هنا يكون مشروعًا التساؤل حول مدى فعالية التنظيم القانونى الجديد للتعاقد عن بعد ، سيما وأن لهذا التساؤل أبعاد عملية وواقعية عظيمة الأثر وذلك بالنظر بصفة خاصة ، إلى التقرير الصادر مؤخراً عن اللجنة الاقتصادية والإجتماعية الأوربية بشأن أثار التجارة الإلكترونية على السوق الأوربية (٥٤) .

فقد ورد بهذا التقرير أن حجم التجارة الإلكترونية وهى لا تمثل إلا تطبيقاً وإن كان الأبرز الآن ، من تطبيقات التعاقد عن بعد قد بلغ ١٧ مليار دولار فى نهاية عام ١٩٩٩ ، والمتوقع أن يتجاوز ٣٦٠ مليار دولار

---

(٥٠) J.O.C.E. 17/7/2000, n° L 178, p. 1 .

(٥١) J.O. 14/3/2000, p. 3968 .

(٥٢) J.O. 16/11/2001, p. 18215 .

(٥٣) سابق الاشارة إليه .

(٥٤) تقرير صادر بتاريخ ٢٠٠١/١/٢٤ .

J.O.C.E. 25/4/2001, C 123, p. 1 .

نهاية عام ٢٠٠٣ ، الجانب الأغلب من هذه الأرقام تحققه التجارة الإلكترونية بين المشروعات (٥٥) ، حيث يمثل هذا القطاع ما بين ٧٠ إلى ٩٠٪ من حجم سوق التجارة الإلكترونية ، فيما يبقى حتى الآن -بحسب التقرير المشار إليه - حجم التجارة الإلكترونية بين المشروعات والمستهلكين (٥٦) دون الطموحات المأمولة .

الأبعاد الاقتصادية والإجتماعية للتعاقد عن بعد بصوره المختلفة تقتضى قراءة محايدة للتنظيم الخاص به يمكن من خلالها التحقق من مدى فعاليته فى تحقيق أهدافه .

خطة البحث :

على هدى ما تقدم رأينا أن يكون تناولنا لموضوع الدراسة فى مبحثين نعرض فى أولهما للتعاقد عن بعد منظوراً إليه من داخل التنظيم الخاص به ، لنبين بذلك ما أتى به هذا التنظيم فى ضوء أهدافه ومن خلال الوسط التشريعى الذى أدمج به ، أى تقنين الاستهلاك ، ونبحث فى الثانى هذا النوع من التعامل منظوراً إليه من خارج التنظيم الخاص به ، أى من خلال القواعد المرتبطة به والتى يمكن استلهامها لسد ما أغفل التنظيم الخاص تناوله .

بذلك تكون خطة العرض على النحو التالى :

المبحث الأول : التعاقد عن بعد فى اطار التنظيم الخاص .

المبحث الثانى : التعاقد عن بعد من خارج إطار التنظيم الخاص .

---

(٥٥) ويطلق على التجارة الإلكترونية فى هذا القطاع :

Business to Business (B2B) .

(٥٦) Business to Consumer (B2C) .

المبحث الأول

التعاقد عن بعد فى اطار التنظيم الخاص

تمهيد وتقسيم :

اشرنا فيما تقدم إلى أن النصوص الخاصة بتنظيم التعاقد عن بعد تضمنها المرسوم رقم ٢٠٠١ – ٧٤١ ، وقد أدمجت هذه النصوص فى صلب تقنين الاستهلاك . وكان لذلك دلالته وآثاره . أما من حيث الدلالة فمؤداها أن هذه النصوص ، وقد جاءت جزءاً لا يتجزأ من هذا التقنين ، لابد وأن تكون قد جاءت ضمن الفكرة الأساسية والموجهة لنصوص التقنين وهى حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف فى العلاقة التى تربطه بالمهنى أو المحترف (٥٧) . وفيما يتعلق بالآثار فقد تجلت فى وسائل الحماية التى كفلها هذا التنظيم للمستهلك فى مجال التعاقد عن بعد ، والتى تمثلت بصفة أساسية فى الالتزام بإعلام المستهلك من ناحية ، وحقه فى العدول عن العقد من ناحية أخرى . هذه الوسائل ، وإن كانت غير قاصرة على المستهلك فى مجال التعاقد عن بعد إلا أنها ، وبالنظر إلى طبيعة هذا التعاقد وخصوصياته ، بدت أكثر الحاحاً فى هذا المجال .

إعلام المستهلك المتعاقد عن بعد وحقه فى العدول عن العقد يشكلان جوهر ومضمون الحماية التى هدف التنظيم الخاص بالتعاقد

---

(٥٧) راجع :

J. Calais - Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p. 1 et s .

P. Stoffel- Muncks, L'abus dans le contrat , essai d'une théorie, L.G.D.J. 2000, p. 298 et ss .

عن بعد كفالتها للمستهلك . ونعرض فيما يلى لالتزام المهنى باعلام المستهلك ، ثم لحق المستهلك فى العدول عن العقد فى مطلبين :

المطلب الأول : التزام المهنى باعلام المستهلك المتعاقد عن بعد .

المطلب الثانى : حق المستهلك فى العدول .

المطلب الأول

التزام المهنى بإعلام المستهلك المتعاقد عن بعد

التزام المهنى بإعلام المستهلك يعتبر أحد أبرز الآليات القانونية فى مجال حماية المستهلك بصفة عامة . يبدو هذا الالتزام ، وكما أشرنا فيما تقدم ، اكثر إلحاحاً فى مجال التعاقد عن بعد . قد رأينا فيما تقدم أيضًا أن التعاقد عن بعد يتم من خلال استخدام وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد ، دون التقاء حقيقى بين أطرافه ، وأن استخدام هذه الوسائل ، يجب ألا يحول دون تزويد المستهلك بالمعلومات اللازمة لتقرير رضائه . لذلك لم يكتف المشرع وهو بصدد تنظيم هذا التعاقد على تأكيد هذا الالتزام الواقع على عاتق المهنى أو المحترف ، لمصلحة المستهلك المتعاقد معه بصفة عامة ، بل وحرص كذلك على تأكيد هذا الالتزام فى مجال التعاقد عن بعد .

الواقع أن التزام المهنى بإعلام المستهلك فى مجال التعاقد عن بعد هو التزام ممتد ، لا يقتصر على المرحلة السابقة على ابرام العقد بل يمتد كذلك إلى المرحلة اللاحقة على ابرامه ، وهذا ما نتناول بيانه فيما يلى :

أولاً : الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام :

بمقتضى هذا الالتزام يكون على المهنى إعلام المستهلك منذ مرحلة عرض التعاقد الموجه لهذا الأخير . هذا الالتزام يستوجب فى حدود دراستنا وتقيداً بموضوعها (٥٨) طرح التساؤل عن مضمونه ،

---

(٥٨) فى تفاصيل الالتزام بالإعلام راجع بصفة خاصة :

د. نزيه المهدى ، الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد =

والأوضاع المختلفة لتنفيذه ، وجزاء مخالفته . وهذا ما نعرض له فى الفقرات التالية .

(أ) مضمون الإعلام :

فى ضوء ما ورد بشأن الإلتزام العام بالإعلام الواقع على عاتق كل مهنى باعلام المستهلك المتعاقد معه يتعين التمييز بين المضمون المبدئى لهذا الإعلام ، ومضمونه فى بعض الحالات الخاصة .

١- المضمون المبدئى للإعلام :

فى تنظيمه للتعاقد عن بعد حرص المشرع الفرنسى على ان يؤكد فى المادة ل١٢١ - ١٨ الجديدة من تقنين الاستهلاك على التزام المهنى باعلام المستهلك فى هذا المجال ، بمعنى أنه لم يكتف بما تضمنه نص المادة ل ١١١ - ١ من ذات التقنين من تقرير لالتزام عام بالإعلام يقع

= وتطبيقاته على بعض أنواع العقود ، دراسة فقهية وقضائية مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ .

د. سهير منتصر ، الإلتزام بالتبصير ، دار النهضة العربية (بدون تاريخ) .

د. السيد عمران ، الإلتزام بالإخبار ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٩ .

د. خالد جمال أحمد حسن ، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ١٩٩٦ .

د. سعيد سعد عبد السلام ، الإلتزام بالإفصاح فى العقود ، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ .

وفى الفقه الفرنسى راجع بصفة خاصة :

Y. Boyer, L'obligation de renseignement dans la formation du contrat, Thèse Aix- Marseille 1977, P.U.A.M. 1978 .

V. Christianos, Conseil, mode d'emploi et mise en garde en matière de vente de meubles corporels, Thèse Paris - II - 1985 .

M. Fabre - Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, L.G.D.J. 1992 .

على عاتـق كـل مهنى بائـع أو مقـدم خدمة لصـالح المستهلك المتعـاقد معـه (٥٩) ، كما لم يكتف بتلك التى تضـمنت ضـرورة الإدلاء ببيانات معينة لصالح المستهلك بصـفة عـامة ، بل عـاد وأضـاف قدراً آخر من المعلومات التى يجب الإدلاء بها فى حالة التعاقد عن بعد .

على هذا النحو يمكن التمييز بشأن المضمون المبدئى للإعلام الذى يجب التوجه به للمستهلك فى مـجال التـعاقد عن بـعد بين المعلـومات السابق تكريسهـا بمقتضى قانون الاستهلاك ، وتلك المضـافة بمقتضى المادة ل ١٢١ – ١٨ .

– المعلومات السابق النص عليها :

يقـصد بـهذه المعلومات ، وكمـا أشرنا فيما تقدم – تلك السـابق النص عليها فى تقنين الإستهلاك والـواجب على المـهنى أو المحـترف ، الإدلاء بها للمستهلك المتعاقد معه بصفة عامة .

يأتى فى مقدمة هذه المعلومات تلك التى تضمنها نص المادة ل ١١١ – ١ من تقنين الإستهـلاك التى تلزم كل مهنى ، بائـع للسلـع أو مـقدم للخدمات ، قبل ابرام العـقد ، بأن يمكن المستهلك من التـعرف على الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة (٦٠) .

---

(٥٩) ويجرى نص هذه المادة على النحو التالى :

"Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de service doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service" .

(٦٠) ويفسر الفقه الفرنسى المعلومات المتعلقة بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة بأنها تلك التى يتحدد بمقتضاها رضاء المستهلك والتى تسمح بالاستعمال الصحيح للسلعة أو الخدمة ، انظر :

J.P. Rizzo, Code de la consommation (commenté par ...) éd. Montchrestien, 1995, p. 72 .

ويضاف إلى هذه المعلومات أيضًا تلك المتعلقة بثمن السلعة أو الخدمة شاملاً كافة الضرائب والرسوم ، وتلك الخاصة بالشروط المحتملة المتعلقة بتحديد المسئولية العقدية ، وكذلك ما قد يتضمنه البيع من شروط خاصة (٦١) والمعلومات الخاصة بأداء الخدمة إذا كان محل العقد أداء خدمة معينة (٦٢) .

فضلاً عما تقدم فقد أوجبت المادة ل ١٢١ – ١/١٨ من تقنين الإستهلاك ضرورة إعلام المستهلك بالآتى :

– اسم بائع السلعة أو مقدم الخدمة ، رقم تليفونه وعنوانه ، أو – إذا تعلق الأمر بشخص معنوى – مركز اعماله ، واسم المنشأة المسئولة عن العرض إذا كان مختلفاً .

لكن يلاحظ أن هذه المعلومات الأخيرة كانت هى ذاتها الواجب الإدلاء بها ، وفق النص القديم للمادة ل ١٢١ – ١٨ والذى كان ينحصر نطاق تطبيقه – قبل التعديل – على البيع عن بعد فقط .

النص الحالى للمادة ل ١٢١ – ١٨ من تقنين الإستهلاك يضيف إلى المعلومات السابقة معلومات أخرى جديدة يجب الإدلاء بها للمستهلك عند تعاقده عن بعد .

– ***المعلومات الإضافية :***

وفق نص المادة ل ١٢١ – ١٨ يجب على المهنى ، أو المحترف ، فى كل عرض للتعاقد عن بعد ، أن يدلى للمستهلك بمعلومات تضاف إلى المعلومات السابق بيانها بالفقرة السابقة . هذه المعلومات هى إذن

---

(٦١) راجع المادة ل ١١٣ – ٣ من تقنين الإستهلاك (معدلة بالقانون رقم ٢٠٠١ – ١١٦٨ بتاريخ ٢٠٠١/١٢/١١) .

(٦٢) م ل ٢١٤ – ١ من تقنين الإستهلاك .

معلومات خاصة بفرض التعاقد عن بعد دون غيره وهى :

- مصاريف التسليم ، إذا وجدت .

- طرق الوفاء ، التسليم ، أو التنفيذ .

- المعلومات الخاصة بحق المستهلك فى العدول ، فيماعدا الحالات التى يكون فيها هذا الحق مستبعداً وفقاً لنصوص القانون .

- مدة صلاحية العرض والثمن .

- تكلفة استخدام وسيلة الاتصال عن بعد ، إذا لم تكن محسوبة على أساس التعريفة السائدة .

- الحد الأدنى لمدة العرض المقترح إذا كان محله التوريد المستمر أو الدورى لسلعة أو خدمة معينة .

٢- مضمون الإعلام فى بعض الحالات الخاصة :

إذا كان المشرع الفرنسى قد حدد المضمون المبدئى للإعلام الواجب للمستهلك فى حالات التعاقد عن بعد ، وعلى نحو ما سلف بيانه ، فقد أعاد هذا المشرع ترتيب مضمون هذا الاعلام فى بعض الحالات الخاصة للتعاقد عن بعد ، ومراعاة لطبيعتها ، فخفف من هذا المضمون فى بعضها وشدده فى البعض الآخر .

- *حالات التخفيف من مضمون الإعلام :*

وفقاً لنص المادة ل ١٢١ - ٢٠/٤ من تقنين الإستهلاك لا مجال لإعمال نص المادة ل ١٢١ - ١٨ من ذات التقنين ، والسابق ذكرها بشأن العقود التى يكون محلها توريد أموال استهلاكية عادية ، والتى تتم فى محل سكن المستهلك أو فى مكان عمله من خلال موزعين يقومون بدورات متكررة ومنتظمة . والمقصود بذلك ما يقوم بتوريده

الباعة الجائلين من خلال زيارتهم للمنازل أو أماكن العمل (٦٣) .

كما لا يخضع لأحكام المادة ل ١٢١ – ١٨ عقود أداء خدمات التسكين ، النقل ، خدمات المطاعم ، الترفيه ، التى يجب أدائها فى تاريخ معين ، أو خلال فترات دورية محددة (٦٤) .

جدير بالذكر أنه فى الحالات المتقدمة يضحى مضمون التزام المهنى بالإعلام مخففًا وليس مستبعداً ، ففى هذه الحالات لا يكون المهنى ملتزماً بالإدلاء بالمعلومات التى تضمنتها المادة ل . ١٢١ – ١٨ فقط ، فيما يبقى التزامه بالمضمون المبدئى للإعلام قائمًا ، ذلك هو المعنى

---

(٦٣) وتخضع مثل هذه العقود للنصوص الخاصة بالتعاقد من خلال السعى لدى المستهلكين أى المواد ل . ١٢١ – ٢١ وما بعدها من تقنين الإستهلاك . ويقصد بالسعى إلى التعاقد وفق هذه النصوص ، الحالة التى يسعى فيها المهنى لدى المستهلك لحثه على الالتقاء به لكى يعرض عليه تملك أو ايجار مال معين أو توريد خدمة معينة .

وتحدد المادة ل ١٢١ – ٢١ من تقنين الإستهلاك الأماكن التى يمكن السعى فيها إلى المستهلك بأنها موطن الأخير ، أو محل إقامته أو مكان عمله .

ويفترض السعى لدى المستهلك – فيما عدا حالة السعى من خلال التليفون – الانتقال من جانب المهنى إلى حيث يقيم المستهلك ، أو حيث يعمل ، وقد يتم الإنتقال من جانب المستهلك ذاته بناء على دعوة من المهنى لزيارة مكان غير مخصص لبيع السلعة أو تقديم الخدمة المعروضة على المستهلك .

راجع فى ذلك :

Pizzio, op. cit., p. 130 .

(٦٤) مثال ذلك حجز تذاكر الرحلات مباشرة ، أو على الخط ، en ligne، حجز تذاكر الطائرات ، الإقامة بالفنادق .

وتخضع هذه للتوجيه الأوروبى رقم ٣١٤ – ٩٠ المتعلق بالرحلات والأجازات (J.O.C.E. 23/6/1990 n° L 158) والذى صدر ، إعمالاً له ، القانون رقم ٦٤٥ – ٩٢ بتاريخ ١٣/٧/١٩٩٢ ، محدداً شروط ممارسة المهن المتعلقة ببيع الرحلات والإقامة (J.O. 14/7/1992) . معدل بالقانون رقم ٥٦٦– ٩٨ بتاريخ ٨/٧/١٩٩٨ (J.O. 9/7/1998) .

المقصود بتخفيف مضمون الإعلام .

– *حالات التشديد فى مضمون الإعلام :*

فى هذه الحالات ، وعلى عكس الحالات الموضحة بالفقرة السابقة ، يلتزم المهنى ليس فقط بالإدلاء بالمعلومات التى تشكل المضمون المبدئى للالتزام بالإعلام الواقع على عاتقه ، وإنما يلتزم بما هو أكثر من ذلك .

الحالات الخاصة المقصودة هنا هى حالات السعى إلى التعاقد من خلال التليفون أو غيره من وسائل الاتصال المشابهة . فى هذه الحالات يتعين على المهنى أن يفصح ، على نحو صريح ومنذ بدء المحادثة عن هويته والهدف التجارى من وراء هذه المحادثة (٦٥) .

الواقع أن المشرع فى مثل هذه الحالات قدر ضرورة إعلام المستهلك منذ بداية الإتصال به بالهدف منه حتى يتمكن من اتخاذ قراره باستمرار المحادثة أو إنهائها ، وبالتالى تفادى ما قد يتعرض له من ضغط من قبل المتصل (٦٦) .

الملاحظ إذن أن الإعلام قبل التعاقدى ، المقرر لصلحة المستهلك فى مجال التعاقد عن بعد ، له مضمون متغير ، يختلف بحسب نوع التعاقد عن بعد وطبيعة المحل الذى يرد عليه ، كما أن تحديد هذا المضمون يقتضى النظر إلى نصوص أخرى غير تلك التى خص بها المشرع التعاقد عن بعد (كتلك المتعلقة بالسعى إلى التعاقد مثلاً) .

---

(٦٥) انظر المادة ل ١٢١ – ١٨ من تقنين الإستهلاك .

(٦٦) راجع الحيثية رقم (١٢) من حيثيات التوجيه الأوربى رقم ٧ – ٩٧ المتعلق بحماية المستهلكين فى مجال التعاقد عن بعد (سابق الإشارة إليه) حيث جاء بها :

"dans le cas d'une communication par téléphone, il convient que le consommateur reçoive suffisamment d'information au début de la conversation afin de décider s'il continue ou non celle- ci-" .

والواقع أنه إذا كان ذلك يعد مصدراً لإختلاف مضمون الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام ، فلا شك أنه يعد كذلك مصدراً لعدم الوضوح كان من الأفضل العمل على تفاديه .

(ب) كيفية الإدلاء بالمعلومات :

بعد أن أوضحنا مضمون المعلومات الواجب الإدلاء بها للمستهلك المتعاقد عن بعد ، وما يمكن أن يقال بشأنه من ملاحظات ، نبين الآن كيفية الإدلاء بهذه المعلومات ، سواء من حيث الوقت ، أم من حيث طريقة الإدلاء بالمعلومات .

١- وقت الإدلاء بالمعلومات :

إذا كان التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ قد نص فى المادة الرابعة منه على ضرورة أن يتم إعلام المستهلك فى الوقت المناسب قبل ابرام كل عقد يتم عن بعد (٦٧) ، فالملاحظ أن المرسوم الفرنسى رقم ٢٠٠١ - ٧٤١ ، والذى صدر إعمالاً للتوجيه المشار إليه ، جاء خالياً من تحديد لهذا الوقت المناسب . لا شك أن تفادى كل غموض والتقليل من فرص الخلاف الذى قد يحدث فى هذا المجال كان يقتضى أن يحدد المشرع هذا الوقت المناسب على نحو صريح . ولا يكفى فى هذا الصدد القول بأن هذا الوقت هو المرحلة السابقة على التعاقد - ومادمنا بشأن الإلتزام قبل التعاقدى للإعلام - فهذه المرحلة قد تطول وتستغرق وقتًا ، لذا كان من الضرورى تحديد لحظة معينة توجب خلالها الإدلاء بالبيانات التى تشكل مضمون الإعلام الواجب الإدلاء به للمستهلك .

٢- طريقة الإدلاء بالمعلومات :

إذا كان القانوَن الفرنسى ، وعلى النحو السابق بيانه ، جاء غامضاً

---

(٦٧) "En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance , le consommateur doit bénéficier des informations suivantes...".

بشأن اللحظة الواجب الإدلاء فيها بالمعلومات السابقة على التعاقد ، فهو كذلك لم يخل من غموض بشأن الطريقة الواجب الإدلاء بهذه المعلومات من خلالها .

بشأن هذه الطريقة جاء نص المادة ل ١٢١ - ٧/١٨ من تقنين الإستهلاك ويعد تعداد المعلومات الواجب الإدلاء بها ليقضى بأن « ... هذه المعلومات ، والتى يجب أن يظهر طابعها التجارى دون غموض ، يجب الإدلاء بها للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة ، بكل الوسائل الملائمة لأداة الإتصال عن بعد المستخدمة » (٦٨) .

يريد المشرع بهذا النص أن يمنع على المهنى الإدلاء للمستهلك بمعلومات غير محددة ، أو تحت غطاء المصطلحات الفنية التى لا يكون بوسع هذا الأخير أن يتبين حقيقة المقصود بها .

وهذا فى الواقع ما يؤدى إلى التساؤل عن اللغة الواجب استخدامها للإدلاء بالمعلومات .

ويلاحظ أن التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ قد أحال فى هذا الصدد إلى قوانين الدول الأعضاء(٦٩) . لكن المرسوم الفرنسى رقم ٢٠٠١ - ٧٤١ الصادر إعمالاً لهذا التوجيه لم يتضمن أية إجابة على التساؤل المطروح ، هذه الإجابة تضمنتها فى الواقع نصوص القانون رقم ٩٤ - ٦٦٥ الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٨/٤ (٧٠) ، فقد نصت المادة الثانية من هذا

---

(٦٨) "Ces informations , dont le caractère commercial doit apparaître sans équivoque, sont communiquées au consommateur de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée" .

(٦٩) الحيثية الثامنة من حيثيات هذا التوجيه .

(٧٠) J.O. 5/8/1994, p. 11392 .

القانون على وجوب استخدام اللغة الفرنسية فى كل وصف للشئ أو المنتج أو الخدمة، وطريقة التشغيل والاستعمال ، وتعيين نطاق وشروط الضمان، وكذلك فيما يقدم من فواتير ومخالصات .

لا شك أن ذلك يدل على حرص المشرع على أن تكون اللغة المستخدمة لإعلام المستهلك هى لغته الوطنية ، علماً بأن ذلك لا يعتبر عائقًا فى سبيل التبادل التجارى بين دول الإتحاد الأوربى ، فاللغة الوطنية تستخدم بالنسبة للمنتجات الوطنية وأيضاً بالنسبة للمنتجات المستوردة، هذا بالإضافة إلى أن استخدام اللغة الوطنية لا يمنع أن تستخدم معها لغة أخرى أجنبية . وتأكيداً لذلك فقد أصدر رئيس الوزراء الفرنسى منشوراً circulaire بشأن تطبيق القانون ٩٤ – ٦٦٥ المشار إليه، وبصفة خاصة فيما يتعلق بشبكات الاتصال ، وأهمها شبكة الإنترنت ، أعاد فيه التأكيد على ضرورة استخدام اللغة الفرنسية على الشاشات ، مع اجازة أن تصاحبها ترجمة باللغة الإنجليزية أو بأية لغة أخرى (٧١) .

(ج) جزاء مخالفة الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام (٧٢):

وفقاً لنص المادة ١١ – ١من التوجيه الأوربى رقم ٩٧ / ٧ ، سالف الذكر ، يجب على الدول الأعضاء العمل على إيجاد الوسائل الملائمة والفاعلة لكفالة احترام نصوص هذا التوجيه تحقيقًا لحماية المستهلكين.

---

(٧١) راجع د. اسامة ابو الحسن مجاهد ، السابق ص٧٥ .

(٧٢) لمزيد من التفاصيل حول جزاء الإخلال بالإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام بصفة عامة راجع :

د. نزيه المهدى ، السابق ، ص٢٥٧ وما بعدها .

M. Fabre- Magnan, op. cit., p. 425 et ss .

إعمالاً لهذا النص اكتفت المادة ل . ١٢١ - ٢٠/٧ من تقنين الإستهلاك، والمضافة بمقتضى المرسوم رقم ٢٠٠١ - ٧٤١ ، الصادر إعمالاً للتوجيه المشار إليه ، بالنص على اعتبار النصوص التى تضمنها التنظيم الجديد للتعاقد عن بعد من النظام العام ، على نحو يسمح بالقول باعتبار التعاقد عن بعد باطلاً ، إذا لم يقم المهنى أو المحترف بتنفيذ الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام على نحو صحيح .

بالإضافة إلى ما تقدم فالملاحظ أنه وفقاً لنص المادة ل . ١٢١ - ٢٠/ ١٠ (٧٣) من تقنين الإستهلاك فإن ما يقع من مخالفات لما تقضى به نصوص التنظيم الجديد للتعاقد عن بعد ، وبصفة خاصة نص المادة ١٢١ - ١٨ والتى تتناول - كما سبق بيانه - المعلومات التى يجب أن يتضمنها العرض بالتعاقد ، يتم معاينتها وملاحقتها بمعرفة أفراد السلطة المنوط بها التحقيق فى مجال المنافسة والاستهلاك وقمع الغش وفق الشروط المحددة بنصوص الكتاب الرابع من التقنين التجارى والمتعلقة بحرية المنافسة ، وكل من يعرقل عمل هؤلاء يعاقب بالحبس ستة أشهر وغرامة قدرها ٧٥٠٠ يورو (٧٤) .

على أية حال فالملاحظ أن النصوص الجديدة المنظمة للتعاقد عن بعد لم تتضمن النص صراحة على أى جزاء خاص يوقع فى حالة مخالفة المهنى لالتزامه قبل التعاقدى باعلام المستهلك . لذا فلا مناص من إعمال القواعد العامة فى هذا الشأن ، فيكون للمستهلك المطالبة بابطال العقد استناداً إلى مخالفة هذا الالتزام ، كما يكون له الرجوع على المهنى بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية للمطالبة بالتعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم إعلامه على نحو صحيح .

---

(٧٣) مضافة إلى تقنين الإستهلاك بمقتضى المادة (١٣) من المرسوم رقم ٢٠٠١ - ٧٤١ .

(٧٤) راجع المادة ل ٤٥٠ - ٨ من التقنين التجارى الفرنسى .

نشير فى هذا المجال أيضًا إلى أن ما نصت عليه المادة ل ١٢١ – ٧/١٨ من تقنين الاستهلاك من ضرورة أن تكون المعلومات التى يتم الإدلاء بها للمستهلك « واضحة ومفهومة » . يتعين أن يعمل بشأنه ما جاء بالمادة ل . ١٣٣ – ٢ من ذات التقنين ، فهذه المادة الأخيرة تتضمن حكمًا عامًا مقتضاه أن العقود المقترحة من قبل المهنيين تجاه المستهلكين يجب أن يفسر الشك فيها لصالح الأخيرين ، وبالتالى فإذا جاءت المعلومات المقدمة من المهنى للمستهلك غامضة أو مبهمة ، تعيّن أن يكون تفسيرها بما فيه مصلحة المستهلك (٧٥) .

إذا كان الالتزام بالإعلام تبرره حالة الضعف التى يوجد فيها المستهلك فى علاقته بالمهنى ، والتى تزداد حدة فى مجال التعاقد عن بعد ، فإن المشرع لم يقتصر فى مواجهته لهذه الحالة بإلزام المهنى باعلام المستهلك فى المرحلة السابقة على ابرام العقد وإنما جعل التزامه بالإعلام يمتد إلى ما بعد ابرام العقد ، هذا ما نعالجه فى الفقرة التالية .

ثانيًا : الالتزام بالإعلام اللاحق لإبرام العقد :

بالإضافة إلى الإعلام قبل التعاقدى الواجب على المهنى لمصلحة المستهلك المتعاقد معه عن بعد ، والذى يتعين أن يتضمنه العرض بالتعاقد الذى يصدر عن الأول تجاه الثانى ، فالملاحظ أن المشرع لم يشأ أن يتوقف بالإلتزام بالإعلام عند هذا الحد الزمنى وإنما ، رغبة منه فى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد ، جعل على المهنى التزامًا جديدًا بالإعلام بعد ابرام العقد .

نتناول فيما يلى بيان هذا الإلتزام من حيث مضمونه ، وكيفية

---

(٧٥) فى ذات المعنى :

F. Mareau, La protection du consommateur dans les contrats à distance, Petites - Affiches 20/3/2002, p. 1 .

تنفيذه ، ومجاله ، وجزاء مخالفته من قبل المهنى أو المحترف .

(أ) مضمون الإعلام :

إذا كان التزام المهنى بالإعلام فى مجال التعاقد عن بعد لا يتوقف عند لحظة ابرام العقد وإنما هو التزام ممتد للمرحلة اللاحقة لإبرامه(٧٦) ، فلا شك أن الالتزام فى هذه المرحلة الأخيرة يختلف فى مضمونه عن الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام ، إذ أنه من المنطقى أن يكون ما يتم الإدلاء به من معلومات متوافقاً مع مرحلته ، وهى الآن المرحلة اللاحقة لإبرام العقد .

مضمون الالتزام بالإعلام فى المرحلة اللاحقة لإبرام العقد يتحدد من ناحية بالتزام المهنى بأن يؤكد للمستهلك بعض المعلومات السابق الإدلاء بها ، ومن ناحية أخرى بالإدلاء بمعلومات جديدة تتناسب وهذه المرحلة .

١- المعلومات واجبة التأكيد :

وفقًا لنص المادة ل ١٢١ - ١٩ - ١/١ من تقنين الإستهلاك يجب على المهنى أن يؤكد للمستهلك بعد ابرام العقد بعضاً من المعلومات السابق له الإدلاء بها فى العرض بالتعاقد .

هذه المعلومات الواجبة التأكيد هى تلك التى تضمنتها المواد ل ١١١ - ١ و ل ٢١٤ - ١ من التقنين المذكور ، وهى التى يجب على المهنى الإدلاء بها للمستهلك متضمنة تلك التى لا تختص بالتعاقد عن بعد ، وتشمل : الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة ، ثمن السلعة أو الخدمة شاملة كافة الضرائب ، شروط تحديد المسئولية العقدية إن وجدت ،

---

(٧٦) فى التفضيلات المتعلقة بالإلتزام بالإعلام اللاحق لإبرام العقد راجع :

Fabre- Magnan, op. cit., p. 233 et ss .

P. Jourdain, Le devoir de "se renseigner", D. 1983, chronique p. 141 et s .

الشروط الخاصة للبيع ، تقديم المنتج ، بالإضافة إلى المعلومات الواردة برقم ١/٤ من المادة ل ١٢١ - ١٨ من تقنين الإستهلاك التى تشمل اسم بائع السلعة أو مقدم الخدمة ، رقم تليفونه وعنوانه ، عنوان المنشأة المسئولة عن العرض ، مصروفات التسليم إن وجدت ، طريقة الوفاء ، كيفية التسليم أو التنفيذ ، والمعلومات المتعلقة بالحق فى العدول ، فيماعدا الحالات التى يكون فيها هذا الحق مستبعداً (٧٧) .

بالإضافة إلى التأكيد على المعلومات السابقة هناك معلومات أخرى جديدة يتعين على المهنى الإدلاء بها للمتعاقد معه بعد إبرام العقد .

٢- المعلومات الأخرى الواجب الإدلاء بها :

التأكيد فى المرحلة اللاحقة لإبرام العقد ، على بعض المعلومات السابق الإدلاء بها يجب أن يقترن به معلومات أخرى ، جديدة ، تتوافق مع المرحلة اللاحقة لإبرام العقد . فعلى المهنى التزام باعلام المستهلك بالآتى :

- شروط وأوضاع ممارسة حقه فى العدول عن العقد .
- عنوان مؤسسة المورد التى يمكن للمستهلك أن يتقدم بمطالبته إليها .
- المعلومات المتعلقة بخدمات ما بعد البيع والضمانات التجارية .
- شروط انهاء العقد إذا كان غير محدد المدة أو كانت مدته تزيد على سنة واحدة (٧٨) .

---

(٧٧) راجع ما سبق ص ٣٦ .

(٧٨) راجع د. محمد منصور ، المسئولية الإلكترونية ، سابق الإشارة إليه ص١٤٢ - ١٤٣ .

(ب) كيفية تنفيذ الإعلام :

أشار المشرع فى هذا الصدد ، وبطريقة لا تخلو من الغموض ، إلى اللحظة الواجب فيها تنفيذ الالتزام بالإعلام اللاحق لإبرام العقد ، وكذلك إلى الدعامة التى يجب أن تفرغ فيها المعلومات الواجب الإدلاء بها .

١- وقت الإدلاء بالمعلومات :

وفق نص المادة ل ١٢١ - ١٩ من تقنين الإستهلاك ، يجب أن يتلقى المستهلك المعلومات الواجبة له واللاحقة لإبرام العقد « فى الوقت المناسب وعلى أقصى تقدير فى لحظة التسلم ... » (٧٩) .

الواقع أن صياغة النص على هذا النحو ليست بالتحديد الكافى الذى يحول دون حدوث منازعات فى هذا الشأن .

فالقول بأنه يجب الإدلاء بهذه المعلومات فى « الوقت المناسب » لا يتضمن تحديداً للحظة معينة ، غير أن المشرع أراد تدارك ذلك بأن جعل الحد الأقصى الزمنى للإدلاء بالمعلومات المقصودة فى هذه المرحلة اللاحقة على ابرام العقد هو لحظة التسلم .

٢- الدعامة التى تثبت عليها المعلومات :

بشأن المعلومات التى يتعين الإدلاء بها للمستهلك فى المرحلة اللاحقة لإبرام العقد ، فقد أوجبت المادة ل ١٢١ - ١٩ من تقنين الإستهلاك أن يتم تلقيه لهذه المعلومات كتابة أو على أى دعامة أخرى

---

(٧٩) "... en temps utile et au plus tard au moment de la livraison" .

لها صفة الاستمرارية موجودة تحت تصرفه (٨٠) .

الواقع أن الكتابة المذكورة بالنص المشار إليه متطلبة للإثبات ad probationem وذلك حتى يتمكن المهنى من إثبات قيامه بالإلتزام بالإعلام الواقع على عاتقه فى المرحلة اللاحقة لإبرام العقد ، فالكتابة هنا ليست متطلبة للإنعقاد ad validitatem .

وعلى ذلك يمكن، للمهنى فى سبيل قيامه بالإعلام فى هذا الفرض، استخدام أية كتابة على نحو ما ورد بنص المادة ١٣١٦ و١٣١٦-١ من التقنين المدنى الفرنسى فى صياغتها الجديدة الناتجة عن القانون رقم ٢٠٠٠ - ٢٣٠ بتاريخ ٢٠٠٠/٣/١٣ ، الخاص بتطويع قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكترونى (٨١) . فقد جاء بهذه المادة أن « الإثبات الخطى ، أو بالكتابة يتمثل فى تتابع للحروف أو الأشكال أو الأرقام أو اية اشارات أو رموز أخرى لها دلالة قابلة للإدراك أيا كانت دعامتها وطرق انتقالها (٨٢) . أما المادة ١٣١٦ -١ ، وهى مضافة بمقتضى القانون المشار إليه ، فتنص على أن « الكتابة التى تتخذ الشكل الإلكترونى تكون مقبولة فى الإثبات شأن الكتابة

---

(٨٠) "Le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition..." .

(٨١) Loi n° 2000-2301 , portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O., 14/3/2000, p. 3968.

(٨٢) ويجرى النصّ الفرنسى للمادة ١٣١٦ مدنى على النحو التالى :

"La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de toute autre signe ou symbole dotés d'une signification intelligible, quel que soient leur support et leurs modalités de transmition " .

على دعامة ورقية ، بشرط أن يكون ممكناً التحقق من هوية الشخص الذى صدرت عنه وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم فى ظروف تسمح بضمان سلامتها»(٨٣).

إذا كان المشرع الفرنسى قد جعل الكتابة الإلكترونية مقبولة فى الإثبات شأن الكتابة المثبتة على دعامة ورقية ، أو الكتابة التقليدية (٨٤) ، فيكون للمهنى إثبات قيامه بالإعلام اللاحق لإبرام العقد من خلال أية كتابة منها ، فكلاهما مقبول فى الإثبات .

أما فيما يتعلق بالدعامة التى لها صفة القابلية للاستمرار support durable والتى يمكن أن توضع تحت تصرف المستهلك والممكن أن يتلقى عليها الأخير المعلومات الواجب الإدلاء له بها ، فالملاحظ أنه لم يرد لها تعريف فى التنظيم الفرنسى الخاص بالتعاقد عن بعد ، أو فى غيره من النصوص ، وذلك أيضاً هو حال التوجيه الأوربى رقم ٩٧/٧

---

(٨٣) ويجرى النص الفرنسى للمادة ١٣١٦ - ١ على النحو التالى :

"L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité" .

وقد حدد المرسوم رقم ٢٠٠٢ - ٥٣٥ بتاريخ ٢٠٠٢/٤/١٨ المتعلق بالتقييم والتصديق على سلامة منتجات وأنظمة تكنولوجيا المعلومات ، الشروط الواجب توافرها فى هذه المنتجات والأنظمة لضمان سلامتها ومحافظتها على سرية ما تحويه من بيانات (م١/١ من هذا المرسوم) .

J. O., 19/4/2002 p. 6944 .

(٨٤) راجع فى ذلك ، د. حسن عبد الباسط جميعى ، إثبات التصرفات القانونية التى يتم ابرامها عن طريق الإنترنت ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ص١١٧ .

د. ثروت عبد الحميد ، التوقيع الإلكترونى ، مكتبة الجلاء المنصور ، ٢٠٠١ ، بصفة خاصة ص١٧٢ وما بعدها .

وانظر ايضاً ، د. نجوى أبو هيبه ، التوقيع الإلكترونى ، دار النهضة العربية (بدون تاريخ) ص٣١ وما بعدها .

والسالف الإشارة إليه والمتعلق بالتعاقد عن بعد .

لذا ربما يكون من المفيد فى هذا الصدد الرجوع إلى التوجيه الأوربى الخاص بالتعاقد عن بعد فى مجال الترويج للخدمات المالية لدى المستهلكين (٨٥) .

فقد جاء بالحيثية رقم (٢٠) فى عرض الأسباب الموجبة لهذا التوجيه أن الدعامة التى لها صفة القابلية للاستمرار تشمل بصفة خاصة : الاسطوانات المعلوماتية disquettes informatiques ، والأقراص المدمجة C D - Rom ، وأقراص الفيديو الرقمية DVD والأسطوانة الصلبة disque dure الخاصة بكمبيوتر المستهلك والتى تخزن عليها الرسالة الإلكترونية ، وتضيف هذه الحيثية أن الدعامة التى لها صفة القابلية للاستمرار لا تشمل مواقع الإنترنت ، فيماعدا تلك التى تستجيب للمعايير المبينة بشأن تعريف الدعامة التى لها صفة القابلية للاستمرار .

ورد التعريف المشار إليه بالمادة الثانية من التوجيه المذكور حيث جاء بها أن المقصود بهذه الدعامة هو : « كل أداة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات التى توجه إليه شخصيًا على نحو يمكن معه الرجوع إليها بسهولة مستقبلاً خلال فترة زمنية تتواءم مع الأغراض التى من أجلها تم توجيه هذه المعلومات ، وتسمح بإعادة نسخ هذه المعلومات نسخة مطابقة لتلك التى تم تخزينها (٨٦) .

---

(٨٥) سابق الإشارة إليه .

(٨٦) "Tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées" .

وإذا كان القانون الفرنسى لم يتضمن تعريفاً للدعامة التى لها صفة الاستمرارية ، والتى يمكن أن تثبت عليها المعلومات الواجب الإدلاء بها ، فيلاحظ كذلك أنه – وعلى خلاف ما جاء بالمادة الخامسة من التوجيه الأوربى رقم ٩٧/٧ – لم يشترط أن يكون لدى المستهلك ما يمكنه من الوصول إلى محتوى الدعامة المتضمنة للمعلومات المدلى بها (٨٧) ، الأمر الذى قد يحد فى بعض الحالات ، من فعالية الإلتزام بالإعلام اللاحق لإبرام العقد ويحول دون تحقق الهدف المقصود منه . فوجود الدعامة تحت تصرف المستهلك لا يعنى بالضرورة وصوله إلى محتواها، هذا ما يحدث مثلاً إذا ما تلقى خطاباً إلكترونياً E-mail مرفقاً به ملحق يتضمن المعلومات الواجبة ومزود بمفتاح لمعالجة النص for-mat de traitement de texte بينما يكون كمبيوتر المستهلك غير مزود ببرنامج يسمح له بقراءته (٨٨) .

يلاحظ أخيراً ، فى هذا الصدد ، أنه بالنظر لعدم تضمن النصوص الخاصة بالتعاقد عن بعد اشارة إلى اللغة الواجب استخدامها بشأن المعلومات التى يتعين الإدلاء بها فى المرحلة اللاحقة لإبرام العقد ، يمكن القول بوجوب العمل بما تضمنه القانون رقم ٩٤ – ٦٦٥ ، سابق

---

(٨٧) راجع فى ذلك :

M. Demolin, La notion de "support durable" dans les contrats à distance : une conterfaçon de l'écrit, Revue européenne de droit de la consommation, 2000, p. 361 .

(٨٨) فى هذا المعنى انظر :

E. Wary et T. Verbiest, Le carde juridique du commerce électronique après l'ordonnance du 23 août 2001 et le projet de loi sur la société de l'information, Cahier Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Bulletin d'actualité n° 140, octobre 2001, p. 1 et s .

الإشارة إليه ، والذى يقضى بأن تكون تلك اللغة هى اللغة الفرنسية ، مع إمكان أن تصاحبها لغة أخرى أجنبية .

(ج) حدود الالتزام بالإعلام اللاحق لإبرام العقد ؛

إذا كان المهنى يلتزم فى جميع الحالات باعلام المستهلك المتعاقد عن بعد فى المرحلة السابقة على ابرام العقد ، على نحو ما سبق بيانه ، فالملاحظ أنه لا يلتزم بالإعلام اللاحق لإبرام العقد فى كافة الحالات .

فمن ناحية يتبين من نص المادة ل ١٢١ - ٢٠/٤ أن المهنى لا يلتزم بهذا الإعلام اللاحق لإبرام العقد فى حالات التعاقد عن بعد التى يكون محلها توريد سلعة استهلاكية عادية والتى تتم بواسطة موزعين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة وتتم بسكن المستهلك او محل عمله، وكذلك حالات التعاقد التى يكون محلها اداء خدمات الإقامة أو النقل وخدمات المطاعم والترفيه التى يجب أداؤها فى تاريخ معين أو خلال فترات دورية محددة .

ومن ناحية أخرى فالمهنى ، وفقاً لنص المادة ل ١٢١ - ٢/١٩ من تقنين الإستهلاك لا يلتزم إلا بذكر عنوان المؤسسة المؤدية للخدمة -دون باقى مضمون الإعلام اللاحق لإبرام العقد - فى حالة التعاقد عن بعد الذى يكون محله أداء خدمة تؤدى دفعة واحدة عبر استخدام وسيلة للاتصال عن بعد ويتم حساب تكلفتها من خلال معامل opérateur هذه الوسيلة ويقصد بذلك الخدمات التى تؤدى على الخط en ligne ، ويتم تنفيذها فورياً ، ومنها الخدمات مدفوعة الأجر التى يمكن الحصول عليها من خلال جهاز المنيتل Minitel .

وأخيراً إذا كانت المعلومات واجبة التأكيد قد تم الإدلاء بها قبل ابرام العقد فإن المهنى لا يكون ملزماً بالإدلاء بها مرة أخرى بعد إبرام

العقد (٨٩) ، وعلى ذلك فإنه يبقى ملتزمًا بأن يدلى للمستهلك بكل المعلومات الأخرى التى تضمنتها المادة ١٢١ - ١٩/١ والتى تتمثل فى المعلومات المتعلقة بشروط وأوضاع ممارسة الحق فى العدول ، عنوان مؤسسة المورد ، المعلومات الخاصة بخدمة ما بعد البيع والضمانات التجارية ، شروط انهاء العقد إذا كان لمدة غير محددة أو تتجاوز السنة الواحدة (٩٠) .

(د) جزاء الإخلال بالإلتزام بالإعلام اللاحق لإبرام العقد :

بالإضافة إلى الجزاءات المستمدة من القواعد العامة والتى يمكن إعمالها فى حالة مخالفة المهنى لالتزامه بإعلام المستهلك فيما بعد إبرام العقد ، فقد تضمنت النصوص المنظمة للتعاقد عن بعد جزاء خاصاً فى حالة مخالفة هذا الإلتزام .

١ - الجزاءات التى تقضى بها القواعد العامة :

كما هو الحال بشأن مخالفة الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام ، فإن المخالفات التى تقع من قبل المهنى للإلتزام بالإعلام اللاحق لإبرام العقد يمكن أن تؤدى إلى توقيع جزاء جنائى (٩١) .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن النصوص المنظمة للتعاقد عن بعد لم تشر إلى الجزاءات المدنية التى يمكن إعمالها وفقًا للقواعد العامة فى حالة مخالفة المهنى لهذا الإلتزام ، ولكن إذا كان الإلتزام الذى نحن بصدده هو التزام لاحق لإبرام العقد فلا يوجد ما يحول دون إمكان

---

(٨٩) وذلك بحسب ما جاء بنص المادة ل ١٢١ - ١٩ - ١ رقم (١) ، من تقنين الإستهلاك .

(٩٠) راجع ما سبق ص ٤٤ ، ٤٥ .

(٩١) راجع ما سبق ص ٤٢ .

وانظر المادة ل ١٢١ - ٢٠/ ١٠ من تقنين الإستهلاك .

مطالبة المستهلك بفسخ العقد وفقاً للقواعد العامة ، باعتبار أن المهنى فى هذه الحالة قد امتنع عن تنفيذ التزام عقدى ، كما يمكن للمستهلك من ناحية أخرى الرجوع على المهنى بدعوى المسئولية العقدية (٩٢) .

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن أهمية إعمال هذه القواعد العامة تبدو بصفة خاصة فى حالة ما إذا تحقق المستهلك من عدم قيام المهنى باعلامه بعد انقضاء المدة المحددة لممارسة حقه فى العدول عن العقد .

هذا فى الواقع ما ينقلنا إلى الجزاء المدنى الخاص الذى تضمنته النصوص المنظمة للتعاقد عن بعد .

٢- الجزاء الخاص : امتداد أجل ممارسة الحق فى العدول :

امتداد الأجل الذى يمكن للمستهلك أن يمارس خلاله الحق فى العدول عن العقد يعتبر ، فى الواقع ، هو الجزاء المدنى الخاص الذى تضمنه التنظيم الخاص بالتعاقد عن بعد .

فإذا لم يقم المهنى بتنفيذ التزامه باعلام المستهلك بعد ابرام العقد ، فى الحدود السابق بيانها ، فإن الأجل الذى يمكن للمستهلك المتعاقد عن بعد أن يمارس خلاله حقه فى العدول عن العقد يمتد من سبعة أيام عمل، وهى المدة الأصلية - وكما سنرى - ليصبح ثلاثة أشهر (٩٣) .

---

(٩٢) وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن المهنى ، أو المحترف ، هو الذى يقع عليه عبء إثبات قيامه باعلام المستهلك ، وذلك إعمالاً لقضاء محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٥/٢/١٩٩٧ والذى جاء به أن كل من يقع على عاتقه ، بمقتضى القانون أو الإتفاق ، التزام بالإعلام يجب عليه إثبات تنفيذه لهذا الإلتزام :

Cass. civ. 25/2/1997, R.T.D. civ. 1997, p. 434, obs. p. Jourdain .

(٩٣) المادة ل ١٢١ - ٢٠/١ من تقنين الإستهلاك .

لكن يلاحظ فى هذا الخصوص أنه إذا تدارك المهنى الأمر وقام بالإدلاء بالبيانات الواجبة خلال مدة الثلاثة أشهر ، محسوبة من تاريخ تسليم السلعة أو قبول العرض ، فإن ذلك يؤدى إلى بدء سريان مدة السبعة أيام الأصلية .

حق المستهلك فى العدول يعتبر فى الواقع الآلية القانونية الثانية ، الأساسية مع الالتزام بالإعلام ، التى تضمنها التنظيم الخاص بالتعاقد عن بعد لضمان حماية فعالة للمستهلك المتعاقد بهذا الطريق . هذا الحق هو ما ننتقل إلى معالجته فى المطلب التالى .

المطلب الثانى

حق المستهلك فى العدول عن العقد

تمهيد وتقسيم :

يعتبر الحق فى العدول عن العقد الذى سبق إبرامه ، وكما أشرنا فيما تقدم ، أحد الآليات القانونية الحديثة التى لجأ إليها المشرع بقصد توفير حماية فعالة للمستهلك (٩٤) ، هذا الحق يمثل فى الواقع خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد (٩٥) ، هذا الخروج يجد مبرره الأساسى فى ضرورات حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف فى مواجهة المهنى أو المحترف ، لذلك فإن هذا الحق لم يرتبط وجوده بتنظيم التعاقد عن بعد ، وإنما ارتبط هذا الوجود ببداية التشريعات الهادفة إلى حماية المستهلك (٩٦) .

فقد كرس المشرع الفرنسى هذا الحق بداية ، بمقتضى القانون الصادر فى ١٩٧٢/١/١٣ المتعلق بالسعى إلى المنازل بقصد ابرام

---

(٩٤) راجع فى ذلك :

R. Baillod, Le droit de repentir, R.T.D. civ. 1984, p. 227 et ss . surtout n° 6-10 .

Bernardeau, Droit communantaire et protection des consommateurs, J.C.P. 2000-I- 218 .

(٩٥) J. Ghestin, La formation du contrat , op. cit., p. 123 ; A. Bénabent, Droit civil, Les contrats spéciaux, 2ᵉéd. Montchrestien 1995, p. 74, G. Cornu, Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français, in Travaux de l'association H. Capitant 1975, p. 131 et s .

وقارن د. حسن جميعى ، المرجع السابق ص٤٤ – ٤٥ .

(٩٦) Baillod, précité p. 228; J. Ghestin, Traité des contrats, La vente par Ghestin et B. Desché, L.G.D.J. 1990, p. 138 .

الاتفاقات المالية ، حيث منح هذا القانون للشخص الذى يوقع فى منزله على خطة إدخار أو عقد متعلق بالاستثمار ، الحق فى العدول عن ارتباطه خلال مدة لا تقل عن ١٥ يوماً من تاريخ الإكتتاب (٩٧) .

وفى مجال البيع بالمنازل أقر المشرع بمقتضى قانون ١٩٧٢/١٢/٢٢ هذا الحق للمستهلك فى جميع عقود البيع أو أداء الخدمات التى تبرم على أثر السعى إلى منزله من قبل البائع أو مقدم الخدمة ، حيث أجاز للمستهلك فى هذه الحالة الحق فى العدول عن العقد الذى أبرمه خلال سبعة أيام تحسب من تاريخ الطلب أو الالتزام بالشراء (٩٨) .

ذلك أيضًا ما فعله المشرع بمقتضى القانون الصادر بتاريخ ١٩٧٨/١/١٠ بشأن حماية المستهلك فى مجال بعض عمليات الإئتمان، حيث جعل للمستهلك (المقترض) الحق فى العدول عن العقد خلال مدة سبعة أيام تبدأ من تاريخ قبول العرض المقدم من المقرض (٩٩) .

---

(٩٧) أنظر المادة ٢١ من القانون المذكور .

وراجع ، د. أحمد محمد الرفاعى ، المرجع السابق ، ص٨٥ – ٨٦ .

رسالة الباحث بعنوان :

L'abus de domination en matière contractuelle, étude comparative, Thèse Aix- Marseille 1992, p. 285 .

(٩٨) راجع د. السيد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، سابق الإشارة إليه ، ص٩٣ ، د. حسن جميعى ، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك فى عقود الإستهلاك ، سابق الإشارة إليه ص٤٢ .

J.P. Pizzio: Un apport législatif en matière de protection du consommateur, La loi du 2 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile, R.T.D. civ. 1976, p. 66 et .

(٩٩) أنظر المادة (٧) من القانون ١٩٧٨/١/١٠ الصادر بشأن حماية المستهلك فى مجال بعض عمليات الإئتمان .

جاء بعد ذلك القانون رقم ٨٨ – ١٢ بتاريخ ١٩٨٨/١/٦ بشأن البيع عن بعد ، والبيع من خلال التلفزيون (١٠٠) ومنح المشترى فى هذا المجال الحق فى العدول عن العقد خلال سبعة أيام تحسب من تاريخ تسلمه الطلبية (١٠١) .

هذا وقد تعددت الآراء التى قيل بها لإيجاد أساس قانونى للحق فى العدول (١٠٢) ، وإذا كانت دراستنا لا تنصب على حق العدول فى ذاته ، فإننا نكتفى هنا بالقول بأن هذا الحق يمثل فى الواقع أداة تشريعية تلعب دوراً أساسياً فى حماية هؤلاء الذين يتعاقدون فى الغالب دون إمكانية حقيقية لمناقشة شروط تعاقداتهم ، ويخضعون لتأثير الإعلان وما يحمله من ضغط وحث على التعاقد (١٠٣)، لذلك لم يكن متصوراً أن

– وراجع :

J. Calais - Auloy, Les cinq réformes qui rendent le crédit moins dangereux pour les consommateurs, D. 1975 chronique p. 19 et s .

وراجع د. نبيل سعد ، نحو قانون خاص بالإئتمان ، منشأة المعارف ١٩٩١ ص٧٧ وما بعدها .

(١٠٠) سابق الاشارة إليه .

(١٠١) المادة الأولى من القانون .

(١٠٢) فى تفصيلات الخلاف حول الطبيعة القانونية للحق فى العدول راجع رسالة الباحث ، سابق الإشارة إليها ص٢٩٠ وما بعدها .

وفى مدى تأثير هذا الحق على فكرة العقد ومفهومه التقليدى .

راجع بصفة خاصة ، د. نبيل سعد ، نحو قانون خاص بالإئتمان ، المرجع السابق ، ص٨٢ وما بعدها .

وانظر د. مصطفى الجمال ، السعى إلى التعاقد فى القانون المقارن ، منشورات الحلبى الحقوقية ، بيروت ٢٠٠١ ص٢٢٢ وما بعدها .

(١٠٣) راجع فى ذلك :

J. Mestre, La protection jurisprudentielle de la faculté de rétractation souvent ouverte au consommateur, R.T.D. civ. 1989, p. 65-66, F. Collart=

يتم تنظيم التعاقد عن بعد ، بمفهومه السابق ، دون اعطاء المستهلك ذات الحق المقرر لغيره من فئته ، ففى هذا النوع من التعاقد تظهر بالضرورة الاعتبارات الموجبة لتقرير هذا الحق ، والمنوه بها ، بل ويضاف إليه كذلك اعتبار جديد هو أنه فى التعاقد عن بعد يتم التعاقد دون امكانية حقيقية للمستهلك لرؤية ما يتم التعاقد عليه أو التحقق من خصائصه (١٠٤) .

لذلك حرص التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ المتعلقة بالتعاقد عن بعد ، والسابق الإشارة إليه على تقرير حق المستهلك فى العدول عن العقد(١٠٥) ، وإعمالاً لهذا التوجيه أقر المرسوم الفرنسى رقم ٢٠٠١ - ٧٤١ ، سالف الإشارة إليه ذات الحق للمستهلك ، فأصبح هذا الحق مقرراً للمستهلك ليس فقط فى مجال بيع السلع والمنتجات عن بعد وإنما فى مجال أداء الخدمات عن بعد كذلك ، وبمقتضى هذا المرسوم أضيفت إلى تقنين الإستهلاك المادة ل ١٢١ - ٢٠ متضمنة النص على حق المستهلك ، المتعاقد عن بعد وفق المفهوم السابق بيانه ، فى العدول عن العقد ، ويجرى نص الفقرة الأولى من هذه المادة على النحو التالى «للمستهلك ، خلال سبعة أيام كاملة أن يمارس حقه فى العدول عن ابداء أسباب أو دفع اية جزاءات ، باستثناء مصاريف الرد » (١٠٦) .

=Dutilleul et Ph. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz 1991 p. 73 .

وكذلك رسالة الباحث ، ص٢٩١ .

(١٠٤) أنظر الحيثية رقم (١٤) من حيثيات التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ بشأن حماية المستهلكين فى مجال التعاقد عن بعد .

(١٠٥) راجع المادة السادسة من التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ .

(١٠٦) ويجرى النص الفرنسى للفقرة الأولى من المادة ل ١٢١ - ٢٠ من تقنين الإستهلاك على النحو التالى :

"Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour" .

لدراسة حق المستهلك فى العدول عن العقد ، وفقاً للتنظيم الخاص بالتعاقد عن بعد ، نعرض فيما يلى لنطاق هذا الحق ، والمدة التى يلزم ممارسته خلالها ، وكيفية ممارسة هذا الحق ، ثم نعرض أخيراً للآثار المترتبة على ممارسته .

أولاً : نطاق الحق فى العدول :

كما أشرنا فيما تقدم إلى أن التعاقد عن بعد فى ظل التنظيم الفرنسى الجديد لم يعد مقصوداً به فقط ، وكما كان الأمر فيما قبل(١٠٧) ، للبيع عن بعد بل امتد ذلك أيضاً ليشمل أداء الخدمات عن بعد .

لكن الملاحظ فى هذا الصدد أن المادة ١٢١ - ٢/٢٠ من تقنين الإستهلاك قد استبعدت من نطاق الحق فى العدول العديد من العقود التى تدخل فى مفهوم التعاقد عن بعد وفقاً للنصوص المنظمة له ، وذلك ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك .

هذه العقود المستبعدة من نطاق الحق فى العدول هى الآتية :

- عقود توريد الخدمات التى يبدأ تنفيذها ، بالاتفاق مع المستهلك، قبل انتهاء المدة المقرر ممارسة الحق فى العدول خلالها:

والواقع أن استبعاد مثل هذه العقود من نطاق الحق فى العدول لا يخلو من ابداء بعض الملاحظات. فإذا كان الهدف من وراء هذا الاستبعاد هو تفادى أن يبدأ المستهلك فى الاستفادة من الخدمة المقدمة له ليعدل بعد ذلك عن العقد مما يلحق الضرر بالمهنى ، ففى الكثير من الحالات لا يتمكن المستهلك من الحكم على مدى توافر خصائص الخدمة المؤداة

---

(١٠٧) ونقصد بذلك الوضع فى ظل القانون رقم ٢١ - ٨٨ الصادر بتاريخ ١٩٨٨/١/٦ بشأن البيع عن بعد ، والبيع من خلال التلفزيون .

إليه إلا عند البدء فى تلقى منافعها ، لذا فالتناقض يبدو اضحاً فى هذه الحالة . فضلاً عن ذلك فإنه يخشى فى هذا المجال من قوة الإقناع والإلحاح الذى يمارسه غالباً المهنى فى مواجهة المستهلك والذى قد يدفع الأخير إلى البدء فى الحصول على منافع الخدمة محل العقد قبل انقضاء المهلة المحددة لمباشرة حقه فى العدول على نحو يؤدى من الناحية العملية إلى تفريغ الحق فى العدول من مضمونه (١٠٨) .

- عقود توريد السلع والخدمات التى تتحدد أثمانها وفق ظروف السوق :

استبعاد هذه العقود من نطاق الحق فى العدول لا يخلو من إثارة بعض التساؤلات .

فالتساؤل يثور عن المقصود بالسوق التى تشير إليها هذه الحالة ، كما يثور التساؤل أيضاً عما إذا كان هذا الاستبعاد يشمل المنتجات والخدمات التى تتحدد أسعارها مثلاً وفق ظروف سوق المواد الأولية للسلع أو الخدمات (١٠٩) .

- عقود توريد السلع التى يتم تصنيعها وفقاً لخصوصيات المستهلك ، أو بالمطابقة لشخصيته ، أو التى ، بحسب طبيعتها ، لا يمكن إعادتها للبائع ، أو التى يسرع إليها الهلاك أو التلف :

---

(١٠٨) انظر فى هذا النقد ، بشأن التوجيه الأوربى رقم ٩٧/٧ .

M. Trochu, Protection des consommateurs en matière de contrats à distance, Directive n° 97 - 7 CE du 20 Mai 1997, D. 1999 chronique, p. 179 .

(١٠٩) راجع فى ذلك :

J. Franck, Transposition de la directive n° 97- 7 relative aux contrats négociés à distance par l'ordonnance du 23 août 2001, Une transposition expéditive et critiquable, Cah. dr. de l'entreprise n° 3, 2/5/2002 p. 20 .

إذا كان من الممكن تفهم هذه الحالة من الحالات التى يستبعد فيها حق المستهلك فى العدول إلى طبيعة السلعة محل العقد ، فلا شك أن اعتماد مطابقة السلعة لشخصية المشترى واحتياجاته كمعيار لاستبعاد حق المستهلك فى العدول قد لا يخلو من صعوبات فى سبيل التحقق منه .

- عقود توريد التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرامج المعلوماتية عندما يكون قد تم نزع الأختام عنها بمعرفة المستهلك lorsqu'ils ont été descellés par le coniommateur :

الهدف الأساسى من وراء هذا الاستبعاد هو حماية حقوق الملكية الفكرية ، فمنح المستهلك حق العدول بشأن هذه السلعة قد يمكنه من الحصول عليها دون دفع مقابلها ، كما هو الحال مثلاً إذا ما قام المستهلك باعادة البرنامج المعلوماتى أو التسجيلات بعد نسخها أو إعادة إنتاجها (١١٠) .

- عقود توريد الصحف والدوريات والمجلات :

ويبرر هذه الحالة أيضًا ذات الاعتبار المذكور بالحالة السابقة عليها .

- عقود خدمات الرهان وأوراق اليناصيب المصرح بها :

لا شك أن جوهر هذه العقود يتنافى والحق فى العدول المقرر حماية للمستهلك ، فالمتعاقد فى هذه العقود يقدم عليها انطلاقًا من روح المجازفة والمقامرة على نحو يتناقض معه أن يقر له بالحق فى العدول عنها بعد إبرامها ، وإلا كان فى ذلك تناقض لجوهر العقد ذاته .

---

(١١٠) راجع بشأن هذا الاستبعاد فى نطاق التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ (سابق الإشارة إليه) د. محمد منصور ، المسئولية الإلكترونية ، المرجع السابق ص١٤٨ .

بالإضافة إلى القائمة السابقة لا يكون للمستهلك حق فى العدول إعمالاً لنص المادة ل ١٢١ - ٢٠/٤ ، من تقنين الإستهلاك فى حالات العقود التى يكون محلها توريد سلع استهلاكية عادية ، والتى تتم فى مكان سكن أو عمل المستهلك من خلال موزعين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة ، وكذلك العقود التى يكون محلها أداء خدمات الإقامة، النقل ، المطاعم ، الترفيه ، والتى يجب أداؤها فى تاريخ معين أو على فترات دورية محددة (١١١) .

ثانياً : مهلة ممارسة الحق فى العدول :

فى الحالات التى يكون فيها للمستهلك الحق فى العدول عن العقد السابق إبرامه يبدو بديهياً أن يحدد المشرع مهلة لممارسة هذا الحق وإلا سقط ، ونتناول فيما يلى بيان اللحظة التى يبدأ فيها سريان هذه المهلة، ثم نعرض لقدر هذه المهلة .

(أ) بدء سريان مهلة العدول :

بدء سريان المهلة التى يكون للمستهلك خلالها استعمال حقه فى العدول عن العقد تختلف بحسب ما إذا كان محل هذا العقد توريد سلعة أو منتج معين ، أم كان محله أداء خدمة مما يكون له بشأنها حق فى العدول .

١- فى مجال بيع السلع والمنتجات :

يبدأ سريان مهلة الحق فى العدول فى هذا المجال منذ لحظة تسلم المستهلك للسلعة أو المنتج (١١٢) .

---

(١١١) يلاحظ أن هذه الفئة من العقود المستبعدة من مجال الحق فى العدول هى ذاتها المستثناة من التزام المهنى باعلام المستهلك سواء فى ذلك الإعلام السابق على ابرام العقد أو اللاحق لإبرامه .

(١١٢) انظر المادة ل ١٢١ - ٢٠ فقرة (٢) من تقنين الإستهلاك .

ويلاحظ فى هذا الشأن أن المشرع لم يعرض فى هذا المجال لمن يقع عليه عبء إثبات التسلم الذى يبدأ منه سريان مهلة العدول ، والواقع أنه لم يكن فى حاجة إلى مثل هذا التحديد ، ففى القواعد العامة فى الإثبات ما يغنى عن ذلك ، فالمهنى باعتباره مدعياً ، وذلك فى حالة تمسكه بانقضاء مهلة الحق فى العدول ، هو الذى يقع عليه عبء الإثبات .

هذا وإذا كان الخلاف الفقهى لايزال قائماً حول ما إذا كان الحق فى العدول يلحق بفكرة التكوين التتابعى successive للعقد ، أم بنقض لعقد سبق ابرامه ، فلا شك أن جعل مهلة العدول عن العقد ، بصريح نص المادة ل ١٢١ - ٢٠/٢ من تقنين الإستهلاك ، تبدأ من لحظة تسلم المستهلك للسلعة أو المنتج يرجح الرأى القائل بأن الأمر يتعلق بعقد أبرم بالفعل وأن ما منحه المشرع للمستهلك فى هذه الحالة إنما هو حق فى نقض عقد سبق ابرامه ودخل مرحلة التنفيذ وإنتاج أثاره ، مما يعتبر خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد .

٢- فى مجال أداء الخدمات :

تبدأ المدة المقررة لممارسة الحق فى العدول عن العقد ، إذا كان محله أداء خدمة عن بعد فى السريان منذ لحظة قبول المستهلك العرض المقدم من المهنى (١١٣) .

---

(١١٣) تنص الفقرة الثانية من المادة ل ١٢١ - ٢٠ من تقنين الإستهلاك على ذلك بقولها :

"Le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services" .

ويبدو من هذا النص أيضاً أننا بصدد عقد قد تم إبرامه وبدأت مرحلة تنفيذه ، مما يرجح القول بأن الحق فى العدول يرد على عقد سبق ابرامه .

(ب) المدة التى يتعين خلالها ممارسة الحق فى العدول :

بعد أن تحددت اللحظة التى تبدأ منها سريان المهلة المقررة للمستهلك خلالها أن يعدل عن العقد السابق له ابرامه ، يجب بيان قدر هذه المهلة . ويراعى فى هذا الصدد أن المشرع قد نص فى هذا الخصوص على مدة مبدئية ، خرج عليها باستثناء وحيد .

١- المدة المبدئية :

وفقًا لنص الفقرة الأولى من المادة ل ١٢١ – ٢٠ من تقنين الإستهلاك للمستهلك مدة سبعة أيام كاملة sept jours francs لممارسة حقه فى العدول . ويلاحظ فى هذا الصدد أن المدة التى حددها التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ هى سبعة أيام عمل sept jours ouvrables على الأقل (١١٤) .

لا شك أن ما جاء بالتوجيه الأوربى يعتبر أكثر رعاية لمصلحة المستهلك ، ذلك أن الأيام الكاملة (اليوم الكامل يعنى ٢٤ ساعة) يمكن أن يتضمن أيام عطلة ، مما يجعل المستهلك لا يستفيد من المدة كاملة .

حاول المشرع الفرنسى تدارك الأمر بنصه فى الفقرة الأخيرة من المادة ل ١٢١ – ٢٠ من تقنين الإستهلاك على أنه إذا صادف اليوم الأخير من الأيام السبعة المذكورة يوم سبت ، يوم أحد ، أو يوم عيد أو عطلة ، فإن هذه المدة تمتد إلى أول يوم عمل تال . وكما يلاحظ فإن ما يستبعد، وفق هذا النص ، من حساب المدة اللازم ممارسة العدول خلالها لا يتم فى جميع الأحوال وإنما فقط إذا ما وقعت الفترة واجبة الاستبعاد فى نهاية المدة ليبقى بذلك الفارق واضحًا بين ما جاء به التوجيه الأوربى وما اعتمده المشرع الفرنسى بشأن مدة ممارسة الحق فى العدول .

---

(١١٤) انظر المادة ٦ من التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ .

٢- المدة الإستثنائية :

رأينا فيما تقدم أن المشرع قرر ، على سبيل مجازة المهنى المخل بتنفيذ التزامه بالإعلام اللاحق لإبرام العقد ، جعل المدة التى يمكن للمستهلك خلالها ممارسة حقه فى العدول ثلاثة أشهر بدلاً من سبعة أيام (١١٥) ، لكن إذا تدارك المهنى الأمر وقام باعلام المستهلك خلال مدة الثلاثة أشهر فإن مدة السبعة أيام ، وهى المدة الأصلية ، تعود فى الظهور مرة أخرى ، منذ اللحظة التى قام فيها المهنى بتنفيذ التزامه بالإعلام (١١٦) ليكون للمستهلك أن يعدل خلالها عن العقد بحسب ما يتراءى له ، وفى ضوء ما أدلى له به من معلومات .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع لم يبين ، وعلى خلاف ما فعله بالنسبة لمدة السبعة أيام الأصلية ، ما إذا كانت مدة الثلاثة أشهر تحسب بالأيام الكاملة أم بأيام العمل .

وهنا يحق التساؤل عما إذا كان اعتبار مدة الثلاثة أشهر من قبيل الجزاء بالنسبة للمهنى الذى أخل بتنفيذ التزامه بالإعلام اللاحق لإبرام العقد يقتضى جعل حساب المدة بأيام العمل ، أم يجب حسابها بالأيام الكاملة على أساس أن ذلك هو ما فعله المشرع بشأن المدة المبدئية وبالتالى هو ما يعبر عن ارادته فى هذا المجال ؟

نعتقد أن ترجيح إجابة عن أخرى قد لا يجد له سنداً من النصوص ولذلك يحسن انتظار الإجابة التى سوف تتضح من خلال التطبيقات القضائية فى هذا الشأن .

---

(١١٥) راجع ما سبق ص ٥٣ .

(١١٦) أنظر الفقرة الثالثة من المادة ل ١٢١ - ٢٠ من تقنين الإستهلاك .

ثالثا : كيفية ممارسة الحق فى العدول :

وفقاً لنص المادة ل ١٢١ - ٢٠ فقرة أولى من تقنين الإستهلاك يكون للمستهلك ممارسة حقه فى العدول خلال المدة المحددة له دون ابداء الأسباب sans avoir à justifier de motifs .

فحق المستهلك فى العدول يعتبر فى الواقع حقاً تقديرياً ، يخضع لتقدير المستفيد منه ، أى المستهلك ، ولذلك فليس عليه أى التزام بتبرير قراره بالعدول (١١٧) أو بيان بواعثه التى دفعته إلى ذلك (١١٨) .

هذا ولم يحدد المشرع شكلاً خاصاً لتعبير المستهلك عن عدوله عن العقد الذى سبق له ابرامه . غير أنه من الناحية العملية ينبغى الإشارة إلى أنه يكون دائماً من مصلحة المستهلك عند استعماله لهذا الحق أن يعبر عن عدوله من خلال وسيلة تمكنه من إثبات هذا العدول فيما بعد وعند منازعة المهنى فى حدوثه ، وهو ما يمكن تحققه مثلاً من خلال تضمين عدوله لخطاب موصى عليه بعلم الوصول (١١٩) .

---

(١١٧) B. Starck, Droit civil, Obligations , 2 contrat, 3ᵉéd. par H. Roland et L. Boyer, Litec 1989, p. 143 .

د. احمد محمد الرفاعى ، المرجع السابق ص٩٠ - ٩١ .

(١١٨) J.P. Pizzio, Code de la consommation, op. cit. p. 125 .

L. Bernardeau, Le droit de rétractation du consommateur un pas vers une doctrine d'ensemble, A propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, travel Vac,aff. C. 423/97, J.C.P. 2000, Doctrine, I- 218, spéci. n° 23 .

وانظر ايضاً ، د. احمد السعيد الزقرد ، السابق ٢١٥ .

هذا مع مراعاة ما يراه البعض - بحق - من أن ممارسة الحق فى العدول وإنتاجه لآثاره تتقيد بالا يكون هناك خطأ أو تدليس من قبل من قرر لمصلحته :

L. Boyer, La clause de dédit, in Mélanges P. Raynaud, 1985, p. 55 et s.

(١١٩) فى ذات التوجه ايضاً راجع :

L. Bernardeau, précité note n° (50) .

رابعًا : آثار ممارسة الحق فى العدول :

نعرض هنا لآثار ممارسة المستهلك لحقه فى العدول عن العقد سواء من ناحيته هو أم من ناحية المهنى الذى تعاقد معه ونبدأ بهذا الشق الثانى .

(أ) آثار العدول بالنسبة للمهنى :

تتمثل هذه الآثار ، بصفة أساسية ، فى التزام المهنى برد ما دفعه المستهلك من ناحية ، وفسخ عقد القرض الذى قد يكون المستهلك أبرمه تمويلاً لتعاقده الذى عدل عنه من ناحية أخرى .

١- رد الثمن للمستهلك :

على غرار ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة السادسة من التوجيه الأوربى ، نصت المادة ل ١٢١ - ١/٢٠ من تقنين الإستهلاك على التزام المهنى عند ممارسة المستهلك لحقه فى العدول - ودون انتظار - برد المبالغ التى دفعها المستهلك ، خلال مدة أقصاها الثلاثين يوماً التالية لاستعمال هذا الحق .

تجاوز الميعاد المذكور يؤدى إلى جعل المبلغ المدفوع من قبل المستهلك منتجًا للفوائد ، والتى تحسب فى هذه الحالة على أساس المعدل القانونى المعمول به .

بالإضافة إلى ذلك فقد جعل المشرع من رفض البائع رد المبالغ التى دفعها المستهلك مقابل السلعة التى أعادها له استعمالاً لحقه فى العدول مخالفة من تلك التى يتم معاينتها والتحقق منها من قبل الجهات المنوط بها التحقيق فى مجال المنافسة والاستهلاك وقمع الغش (١٢٠) .

---

(١٢٠) والتى قد تؤدى إلى توقيع عقوبة الحبس ٦ أشهر وغرامة قدرها ٧٥٠٠ يورو .

راجع المادة ل ١٢١ - ١٠/٢٠ من تقنين الإستهلاك .

وجدير بالملاحظة فى هذا الصدد أن المادة ل ١٢١ – ١/٢٠ من تقنين الإستهلاك لم تذكر إلا رد الثمن للمستهلك ، فيما كانت المادة ل ١٢١ – ١٦ من ذات التقنين التى كانت تتناول ذات الموضوع ، قبل التنظيم الجديد للتعاقد عن بعد ، تقضى بأن للمستهلك رد السلعة إما لاسترداد ثمنها أو استبدالها بأخرى (١٢١) . لذلك يحق التساؤل ، عما إذا كان النص الجديد يقصر حق المستهلك على رد السلعة فقط ، دون أن يكون له أن يمارس حقه فى العدول من خلال ارجاع السلعة لطلب استبدالها بغيرها ؟

الواقع أنه ازاء صراحة النص لا يمكن إلا القول بأن حق المستهلك فى العدول عن العقد يقتصر على حقه فقط فى رد المبيع واسترداد ثمنه فقط ، دون أن يكون له ارجاع المبيع لاستبداله بغيره ، يؤكد هذا التفسير ، فى اعتقادنا ، أن النص المقابل للمادة ل ١٢١ – ١/٢٠ من تقنين الإستهلاك الفرنسى ، من التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ (١٢٢) والذى صدر التنظيم الفرنسى للتعاقد عن بعد إعمالاً له ، لم يتناول إلا حق المستهلك فى ارجاع السلعة ، واسترداد ثمنها ، دون ذكر لارجاع السلعة بقصد استبدالها بغيرها .

٢– انهاء عقد القرض المبرم تمويلاً للعقد الذى عدل عنه المستهلك :

إعمالاً لنص المادة ٦ – ٤ من التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ نصت

---

(١٢١) كان نص المادة ١٢١ – ١٦ القديم يجرى على النحو الآتى :

"Pour toutes les opérations de vente à distance , l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours francs à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échange ou remboursement sans pénalités, à l'exception des frais de retour" .

(١٢٢) انظر الفقرة الأولى من المادة ٦ من التوجيه الأوربى المذكور .

المادة ل ٣١١ – ١/٢٥ على أنه إذا كان الوفاء بثمن المنتج أو الخدمة قد تم تمويله كلياً أو جزئياً بائتمان من قبل المورد أو من شخص من الغير على أساس إتفاق مبرم بين الأخير والمورد فإن ممارسة المستهلك لحق العدول يؤدى إلى فسخ عقد الإئتمان ، بقوة القانون ، دون تعويض أو مصروفات ، باستثناء المصروفات المحتملة لفتح ملف الإئتمان (١٢٣) .

بذلك يكون المشرع الفرنسى قد نظر إلى العقدين ، العقد المبرم عن بعد والعقد المبرم تمويلاً له ، باعتبارهما كلاً لا يتجزأ ، فقرر بالتالى أن زوال الأصلى منهما ، أى العقد المبرم عن بعد ، تتبع زوال تابعه ، أى العقد المبرم لتمويل الأول ، ولا شك أن ذلك يمثل حماية للمستهلك فى هذا المجال ، فهو ، فى الواقع ، لم يبرم عقد الإئتمان إلا بقصد تمويل العقد الذى أبرمه عن بعد ، فإذا مازال العقد الذى قصده أصلاً ، بممارسة الحق فى العدول ، تعين انهاء العقد المرتبط به ، والذى لم يعد هناك مبرر للإبقاء عليه (١٢٤) .

---

(١٢٣) اضيفت هذه المادة إلى تقنين الإستهلاك بمقتضى المرسوم رقم ٢٠٠١ – ٧٤١ الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٨/٢٣ ، والسابق الإشارة إليه (انظر المادة ١٥ من هذا المرسوم) .

(١٢٤) جدير بالذكر أن هذا الارتباط interdépendence العقدى يعتبر من الوسائل التى لجأ إليها المشرع الفرنسى من قبل فى مجال عقود الاستهلاك بهدف حماية المستهلك الذى يلجأ إلى الحصول على الإئتمان بقصد تمويل العقد المقصود أصلاً من قبله .

فقد سبق للمشرع الفرنسى تقرير ذات الارتباط بمقتضى قانون ١٩٧٨/١/١٠ (م٩) المتعلق باعلام وحماية المستهلكين فى مجال بعض عمليات الإئتمان . فقد وضعت المادة المشار إليها مبدأ الارتباط بين العقود فى هذا المجال ، فحين يكون الإئتمان الممنوح للمستهلك بقصد تمويل شراء مال معين أو الحصول على خدمة معينة ، فإن العقدين اللذين يتم إبرامهما ، عقد البيع أو اداء الخدمة ، بين البائع أو المورد والمستهلك والذى يسمى بالعقد الرئيسى من ناحية ، وعقد القرض المبرم بين ذات المستهلك والمؤسسة الإئتمانية ، والمسمى بالعقد التبعى ، يكونان مرتبطين أحدهما بالآخر ، بمعنى أن يكون عقد =

(ب) آثار العدول بالنسبة للمستهلك :

ممارسة المستهلك لحق العدول المقرر له يستتبع نقض العقد السابق إبرامه ، ويترتب على ذلك أن يكون عليه رد السلعة أو المنتج إلى المهنى ، أو التنازل عن الخدمة .

المستهلك الذى يمارس حقه فى العدول ، خلال المدة المقررة ، لا يتحمل فى مقابل ذلك أية جزاءات أو مصروفات ، فيماعدا المصروفات المحتملة لإرجاع المنتج أو السلعة .

فالمستهلك لا يتحمل أية جزاءات فى أى شكل كانت نتيجة لعدوله عن العقد ، وإلا لأدى ذلك ، فى حالات كثيرة إلى امتناعه عن استعمال هذا الحق تفادياً لما قد يلحق به من جزاء .

وإذا كان المستهلك لا يتحمل ، مقابل ممارسة حقه فى العدول ، أية مصروفات ، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمصروفات التى تبدو كنتيجة

= القرض تابعاً للعقد الرئيسى ، والنتيجة الأساسية لهذا الارتباط انه فى حالة بطلان العقد الأصلى أو فسخه فإن ذلك يستتبع إنهاء عقد القرض أى بطلانه أو فسخه كذلك .

وهذا أيضاً ما كرسه المشرع الفرنسى فى مجال الإقراض العقارى للمستهلكين بمقتضى قانون ١٩٧٩/٧/١٣ ، فعقد القرض الذى يبرمه المستهلك بهدف تمويل عملية عقارية (شراء عقار ، انشاؤه أو إصلاحه) يتم تحت شرط فاسخ هو عدم ابرام العقد الرئيسى خلال مدة أربعة أشهر من قبول القرض (م. ٩ من القانون المذكور) . ومن ناحية أخرى ، فإن المادة ١٧ من ذات القانون تجعل العقد الرئيسى (البيع ... إلخ) مبرماً تحت شرط واقف هو الحصول على القرض ، فإذا لم يتحقق هذا الشرط ، أى لم يتم الحصول على القرض (خلال المدة التى حددها القانون ، وهى شهر من تاريخ توقيع العقد الرئيسى) فإن العقد الرئيسى يفسخ بقوة القانون ويجب رد أى مبلغ يكون المستهلك قد دفعه .

راجع فى تفصيل فكرة الارتباط العقدى كوسيلة لحماية المستهلك ، رسالة الباحث ، سابق الإشارة إليها ص٢٧٦ وما بعدها ، والمراجع المشار إليها .

مباشرة لاستعمال هذا الحق ، ويقصد بهذه المصروفات تلك التى تكون نتيجة لإرجاع المنتج إلى المهنى ، فتلك تعتبر أمرًا متوقعًا من قبل المستهلك بالنظر إلى خصوصية التعاقد الذى أبرمه عن بعد .

لذلك فقد نصت المادة ٦ من التوجيه الأوربى رقم ٧/٩٧ فى هذا الصدد على أن المصروفات التى يمكن أن يتحمل بها المستهلك بسبب عدوله عن العقد هى فقط المصروفات المباشرة لإعادة البضائع إلى المهنى. وقد جاءت المادة ل ١٢١ – ٢٠ فقرة أولى من تقنين الإستهلاك الفرنسى لتكرس ذات الحكم ، بقولها أن للمستهلك سبعة أيام كاملة لممارسة حقه فى العدول دون أن يكون ملزمًا بإبداء أية مبررات ، ودون أية جزاءات أو مصروفات، باستثناء تلك المتعلقة بارجاع السلعة أو المنتج.

فالمستهلك الذى يمارس حقه فى العدول عن العقد الذى أبرمه عن بعد لا يتحمل ، نتيجة لذلك ، إلا مصروفات إعادة المنتج الذى تعاقد عليه إلى مصدره ، وهذا فى الواقع ما جعل بعض الفقه – وبحق– يرى أن حق العدول ، وبجانب كونه حقًا تقديرنا هو أيضًا حق مجانى (١٢٥) .

فى نهاية هذا المبحث يمكن القول بأن التنظيم التشريعى الجديد الذى أتى به المشرع الفرنسى بخصوص التعاقد عن بعد قد أضفى ، بلا شك ، قدرًا كبيرًا من الحماية الواجبة للمستهلك الذى يسلك هذا الطريق من طرق ابرام العقود والذى يشهد الآن تطورًا ملحوظًا وبصفة خاصة فى ظل انتشار وسائل الاتصال الحديثة والاعتماد المتزايد عليها من قبل التجار فى سبيل الترويج لمنتجاتهم وخدماتهم لدى جمهور المستهلكين .

غير أنه ، وكما لاحظنا ، من خلال ما تقدم من عرض ، لايزال

---

(١٢٥) B. Starck, op. cit., p. 143 .

هناك من التساؤلات التى يثيرها التعاقد عن بعد ما لم يلق إجابات حاسمة فى النصوص المنظمة للتعاقد عن بعد . وإذا كان المشرع الفرنسى قد أتى بالتنظيم الجديد للتعاقد عن بعد استجابة للتوجيهات الأوربية ، فلا شك أنه أراد بذلك تدعيم موقف المستهلك الفرنسى فى العقود التى يبرمها داخل نطاق الدول أعضاء الاتحاد الأوربى ، ليبقى بذلك التساؤل عن موقف المستهلك الذى يبرم عقداً مع مهنى يتواجد فى دولة ليست عضواً بهذا الاتحاد الأوربى ، وربما لا تقر تشريعاتها ذات القدر من الحماية التى تقره دول الاتحاد للمستهلكين .

فضلاً عن ذلك ، وكما ذكرنا فيما تقدم ، فإن ما جاء به المشرع الفرنسى من نصوص بشأن التعاقد عن بعد ، لم يشمل نطاقه كافة صور التعاقد عن بعد ، فهو لم يتناول التعاقد عن بعد بين المهنيين أو بين المستهلكين .

لذلك كان لابد من التوجه ناحية الأحكام الأخرى ذات الصلة بموضوع التعاقد عن بعد والتى تتضمنها قواعد توجد خارج إطار النصوص المنظمة للتعاقد عن بعد ، أى يتعين النظر إلى هذا النوع من التعاقد من خارج إطار تنظيمه المباشر .

ذلك هو موضوع المبحث الثانى من هذا البحث والذى ننتقل الآن إلى معالجته .

المبحث الثانى

التعاقد عن بعد من خارج

إطار التنظيم الخاص

تمهيد وتقسيم :

لمواجهة التساؤلات التى يثيرها التعاقد عن بعد ، والتى لم يتصد لها التنظيم الخاص بها ، والبحث كذلك عن الحلول المناسبة لصور التعاقد عن بعد التى لم يدخلها هذا التنظيم فى النطاق المحدد له ، يتعين ، وكما أشرنا فيما تقدم ، البحث فيما هو قائم من قواعد خارج إطار هذا التنظيم عن عناصر للإجابة عما يطرح من تساؤلات .

هذه القواعد الواجب البحث فيها قد تتمثل فيما تتضمنه القواعد العامة ، أو فيما ورد بالقواعد الخاصة ببعض صور التعاقد والتى تبدو وثيقة الصلة بما قد يطرح من تساؤلات بشأن التعاقد عن بعد ، وذلك سواء أكان ما يثار من تساؤلات يتعلق بإبرام هذا التعاقد أم بتنفيذه .

هذا وإذا كنا سنتناول عرض ما يثيره التعاقد عن بعد من تساؤلات عبر مرحلتى العقد الأساسيتين ، مرحلة الإبرام أو التكوين ، ومرحلة التنفيذ ، فتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا التناول سيقتصر على الإشكالات التى تفرضها خصوصية التعاقد عن بعد فى المرحلتين المشار إليهما ، فلا جدال فى أن التعاقد عن بعد يبقى ، فيما جاوز خصوصياته ، خاضعاً للقواعد العامة بشأن العقود سواء فى إبرامه أو تنفيذه ، على نحو لا تبدو معه حاجة لإعادة طرح الحلول التى تقضى بها تلك القواعد فى إطار هذا البحث .

فى ضوء ذلك نعرض لموضوعات هذا المبحث فى مطلبين على النحو الآتى :

المطلب الأول : إبرام التعاقد عن بعد .

المطلب الثانى : تنفيذ العقد المبرم عن بعد .

المطلب الأول

إبرام التعاقد عن بعد

بحسب طبيعة التعاقد عن بعد بصفة عامة ، وسواء كان داخلاً فى نطاق التنظيم التشريعى الخاص به أم كان خارج هذا النطاق فإن إلتقاء إرادتى أطرافه يثير ، تقليدياً ، التساؤل عن زمان ومكان انعقاده من ناحية ، وكذلك التساؤل عن كيفية استيفاء الشكل الذى قد يتطلبه القانون كشرط لصحة العقد من ناحية أخرى .

لذلك ، نعرض فيما يلى لما يمكن استخلاصه من إجابات للتساؤلات المطروحة سواء من خلال القواعد العامة ، أم من خلال القواعد الخاصة ببعض صور التعاقد والتى قد يكون من الجائز استلهام ما تتضمنه من حلول فى مجال موضوع دراستنا .

أولاً : زمان ومكان انعقاد العقد فى حالة إبرامه عن بعد

لا شك ، كما أسلفنا ، فى تقليدية المسألة المطروحة هنا . من المؤكد كذلك أن تطور وسائل الاتصال عن بعد وظهور الحديث منها ، وبصفة خاصة شبكة الاتصالات العالمية – الإنترنت – قد أضفى على المسألة أبعاداً جديدة .

إذا كان التعاقد عن بعد يميزه ، بصفة أساسية ، التباعد المكانى بين أطرافه ، فإن التساؤل عن اللحظة التى يبرم فيها هذا العقد ، ومكان انعقاده ، يبدو سؤالاً مشروعاً ، وبصفة خاصة لما للإجابة عليه من نتائج عملية هامة .

وتبدو أهمية تحديد زمان انعقاد العقد بصفة خاصة من ناحية : أن القول بانعقاده فى لحظة معينة يؤدى – بحسب الأصل– إلى أنه يمتنع على أى من طرفيه نقضه أو التحلل منه . كما أنه من هذه اللحظة ، يبدأ

عادة ، ترتيب العقد لآثاره . فمنذ هذا الوقت تنتقل الملكية إذا كان العقد بيعًا – أو عقداً آخر ناقلاً للملكية – واقعاً على منقول معين بالذات ، كما أنه منذ هذا الوقت تنتقل تبعة الهلاك إلى المشترى فى القانون الفرنسى لارتباطها بالملكية وليس بالتسليم كما فى القانون المصرى . كما تبدو أهمية تحديد وقت انعقاد العقد من ناحية المواعيد التى يبدأ سريانها من هذا الوقت ، كمواعيد التقادم بالنسبة إلى الالتزامات المنجزة الناشئة عن العقد ، كما أن القانون النافذ وقت انعقاد العقد هو الذى يحكم شروط صحته وكذلك ، بحسب الأصل – آثاره . ولتحديد زمان العقد كذلك أهميته بالنظر إلى ما يشترط فى ممارسة بعض الدعاوى ، فالدعوى البوليصية يشترط فيها أن يكون تاريخ العقد الذى يطعن عليه الدائن قد صدر من مدينه لاحقاً على الحق الثابت له فى ذمة المدين (١٢٦) .

أما من ناحية تحديد مكان انعقاد العقد فتظهر أهميته فى مجال تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص حيث أن مكان انعقاد العقد هو

---

(١٢٦) راجع فى أهمية تحديد زمان انعقاد العقد :

د. السنهورى ، السابق ص ٢٥٨ وما بعدها ، د. صلاح الدين زكى ، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين ، دار النهضة العربية ١٩٦٣ ، ص ٥ وما بعدها ، د. أحمد شرف الدين ، نظرية الالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الكتاب الأول ، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة) ٢٠٠٢ ص ١٠٥ ، د.رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٢ ص ٨٥ وما بعدها ، د. محسن عبد الحميد البيه ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، مكتبة الجلاء المنصورة (بدون تاريخ) ص ١١٤ .

وأنظر فى الفقه الفرنسى :

J. Ghestin, La formation du contrat, op. cit., p. 230, B. Starck, op. cit., p. 129; Ch. Larroumet, Droit civil, T.3, Les obligations, Le contrat, 3eéd. économica, 1996, p. 255; J. Flour et J.L. Aubert. Les obligations, 1. L'acte juridique, 8eéd. A. Colin 1998, par Aubert , p. 104 et s .

الذى يحدد ، بحسب الأصل ، الشكل الذى يخضع له العقد (١٢٧) . كما أنه من حيث القانون الواجب التطبيق فإن مكان انعقاد العقد يعتبر ضابطًا لتحديد هذا القانون (١٢٨) كما تبدو أهمية تحديد مكان انعقاد العقد كذلك من حيث تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن العقد على المستوى المحلى أو الدولى .

على الرغم من أوجه الأهمية المرتبطة بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد فى حالة إبرامه عن بعد فقد جاء التوجيه الأوروبى رقم ٧/٩٧ المتعلق بحماية المستهلكين فى مجال التعاقد عن بعد ، وكذلك المرسوم الفرنسى رقم ٢٠٠١ - ٤٧١ الصادر إعمالاً له ، خالياً من أية إشارة بشأن هذا التحديد .

على ذلك فإن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد فى حالة إبرامه عن بعد سواء تعلق الأمر بصور التعاقد عن بعد التى تدخل فى نطاق التنظيم التشريعى الذى وضعه المشرع الفرنسى لهذا النوع من التعاقد ، أم بتلك التى لا تدخل فى هذا النطاق - يقتضى البحث فيما تتضمنه القواعد العامة أو تلك الخاصة ببعض صور التعاقد ذات الصلة . ونتناول ذلك أولاً فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد ، ثم فيما يتعلق بمكان انعقاده .

(أ) زمان الإنعقاد :

إذا كان العقد ينعقد فى اللحظة التى تلتقى فيها الإرادتان ، أى إرادة

---

(١٢٧) انظر المادة (٢٠) من القانون المدنى المصرى .

وراجع :

J. Ghestin, op. cit., p. 321 .

(١٢٨) د. أحمد شرف الدين ، السابق ص ١٠٥ .

من وجه إليه الإيجاب بإرادة من وجهه ، أى عند إلتقاء القبول بالإيجاب ، فقد كان طبيعيًا ، بشأن التعاقد عن بعد ، أن تتعدد النظريات حول لحظة هذا الإلتقاء . تقليدياً هناك أربع نظريات قيل بها فى شأن تحديد هذه اللحظة ، انعكست على مواقف المشرعين فى البلدان المختلفة ، فمنها من كرس احداها ، ومنها من لم يشر إلى أى منها ، تاركًا الأمر للقضاء ، وذلك هو حال القانون الفرنسى .

نعرض ، بإيجاز ، فيما يلى لهذه النظريات (١٢٩) لنبين موقف القانون الفرنسى منها وما خلص إليه القضاء فى هذا الشأن فيما يعتبره الفقه القاعدة العامة فى تحديد لحظة انعقاد العقد ، لنعرض بعد ذلك لبعض صور التعاقد عن بعد التى قد تؤدى النصوص المنظمة لها إلى تحديد لحظة أخرى لإنعقادها على خلاف القاعدة العامة .

١- النظريات المختلفة وموقف القانون الفرنسى منها (القاعدة العامة) :

تتمثل هذه النظريات فى أربع نوجزها فيما يلى :

نظرية إعلان القبول Théorie de la déclaration : العبرة ، وفق هذه النظرية ، فى تحديد وقت انعقاد العقد ، بلحظة إعلان القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب ، أو باللحظة التى يتخذ فيها الأخير قرار قبول الإيجاب ، ففى هذه اللحظة يتم التوافق بين الإرادتين وبه يتحقق

(١٢٩) راجع فى هذه النظريات المراجع المشار إليها بالهامش رقم (١٢٦) واضف إليها د. نبيل سعد ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ٢٠٠١ ص ١٢٦ وما بعدها ، د. محمد السعيد رشدى ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ، سابق الإشارة إليه ص ٣٤ وما بعدها ، أ. رامى محمد علوان ، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكترونى ، سابق الإشارة إليه ، خاصة ص ٢٥٤ وما بعدها .

وجود العقد ، وبصرف النظر عن علم الموجب أو عدم علمه بهذا القبول .

إعمالاً لهذه النظرية بشأن تطبيقاتها الحديثة على التعاقد عن بعد من خلال شبكة الإنترنت يمكن القول بأن لحظة إعلان القبول التى تعتمدها نظرية إعلان القبول باعتبارها اللحظة التى ينعقد فيها العقد ، هى ، مثلاً ، اللحظة التى يحرر فيها من وجه إليه الإيجاب رسالة الكترونية تعبر عن قبوله للإيجاب ، أو هى اللحظة التى يضغط فيها على الأيقونة المخصصة للقبول (١٣٠) . أما بشأن العقود التى تبرم من خلال البريد الإلكترونى E-maill فإن اللحظة التى يمكن القول بانعقاد العقد فيها – وفق نظرية إعلان القبول – هى تلك التى يعلن فيها القابل إرادته بالقبول حتى قبل قيامه بالضغط على زر الإرسال (١٣١) .

هذا ورغم ما تتضمنه نظريه الإعلان من استجابة لمقتضيات السرعة (١٣٢) فى المعاملات فقد أخذ عليها جانب كبير من الفقه أنها تتناقض ومنطق التوافق بين الإرادتين الذى هو قوام العقد . فالتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا علم به من وجه إليه ، لذلك يجب الا ينتج القبول أثره من وقت إعلانه وقبل العلم به . كما أخذ على هذه النظرية

---

(١٣٠) د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، السابق ص ٩٢ .

(١٣١) أ. رامى علوان ، السابق ص ٢٥٨ .

(١٣٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى المصرى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٤ .

ومن التشريعات التى أخذت بنظرية إعلان القبول قانون الموجبات والعقود اللبنانى (م١٨٤) . وكذلك القانون المدنى السورى (م٩٨) وأيضًا القانون المدنى الأردنى (م ١٠١) ، وراجع بشأن هذا الأخير د. يزيد أنيس نصير ، الارتباط بين الإيجاب والقبول فى القانون الأردنى والمقارن ، مجلة الحقوق – جامعة الكويت ، العدد الثالث ، السنة (٢٧) سبتمبر ٢٠٠٣ ، ص ٦٧ وما بعدها .

أيضًا أنها تجعل القول الفصل فى إبرام العقد أو عدم إبرامه بين يدى القابل ، فقد ينكر الأخير صدور قبول منه دون أن يتمكن الموجب من إثباته مادام أنه لم يعلم به .

- **نظرية تصدير القبول Théorie de l'expédition** : وفق هذه النظرية تتأخر اللحظة التى ينعقد فيها العقد ، مقارنة بالنظرية السابقة ، إلى الوقت الذى يقوم فيه القابل بتصدير قبوله ، أى بإرساله إلى الموجب (١٣٣) بحيث لا يملك أن يسترده . كأن يقوم بإرسال القبول بخطاب بالبريد ، أو عن طريق برقية تلغرافية أو عن طريق الفاكس أو التلكس ، أو عن طريق قيامه بالضغط clique على زر الكمبيوتر لإرسال قبوله إلى الموجب .

إذا كان لهذه النظرية ميزة الاستجابة للاعتبارات العملية بشأن مسائل الإثبات ، حيث يمكن الاعتماد مثلاً على ختم البريد أو البرقية ، للتحقق من تمام القبول ، فإنه قد أخذ عليها أنه يبقى فى ظلها أيضاً للقابل إمكان استرداد رسالته التى تتضمن قبوله قبل أن تصل إلى الموجب ، فهى تبقى ملكاً له إلى ما قبل لحظة الوصول إلى المرسل إليه ، وكذلك بالنسبة للبرقية ، حيث يمكن للقابل إرسال برقية أخرى يعدل فيها عن قبوله ، فيبقى القبول بذلك غير نهائى . وقيل بالإضافة إلى ذلك ، أن عدم القبول لا يعدو أن يكون واقعة مادية لا تضيف فى

---

(١٣٣) وبهذه النظرية يأخذ تقنين الالتزامات السويسرى ، وهى أيضًا النظرية المعترف بها فى ظل القانونين الإنجليزى والأمريكى . راجع فى ذلك ، د. صلاح الدين زكى ، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ١٩٦٣ ، ص ٢١٠ وقد كرست هذه النظرية أيضًا اتفاقية فيينا بشأن عقد البيع الدولى للبضائع (م ١٨-٢) . راجع فى ذلك د. محمد شكرى سرور ، موجز أحكام عقد البيع الدولى للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا ١٩٨٠ ، مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد الثالث ١٩٩٤ ص ١١٧ وما بعدها .

ذاتها أية قيمة للقبول لم تكن له من قبل حتى يمكن أن يكون لتقدير القبول أثر يجاوز إعلانه .

– نظرية تسلم القبول Théorie de la réception : مقتضى هذه النظرية أن العقد ينعقد عندما يصل القبول إلى الموجب وتسلمه له . والعقد يعتبر تاماً في هذه اللحظة حتى ولو لم يعلم به الموجب . فالعقد ينعقد مثلاً بوصول الرسالة أو البرقية إلى الموجب واستلامه لها حتى ولو لم يكن قد أطلع على مضمونها . وتطبيقاً لذلك في مجال التعاقد بالبريد الإلكتروني يكون العقد منعقداً في لحظة وصول الرسالة أو دخولها إلى صندوق البريد الإلكتروني على جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب ، ولو لم يكن الأخير قد فتح صندوق بريده الإلكتروني ، أي ولو لم يكن قد علم بمضمون الرسالة ، فالعبرة بتسلم القبول ، وليس بالعلم به (١٣٤) .

يرى جانب من الفقه أنه إذا كانت هذه النظرية ، تمتاز بمعالجة مشكلة الإثبات التي يمكن أن تثور بهذا الصدد نظراً لأن واقعة التسلم تعتبر واقعة مادية يسهل إثباتها (١٣٥) ، في المقابل ذهب البعض إلى أن وصول القبول ما هو إلا واقعة مادية ليس لها دلالة قانونية ، فتسلم القبول بذاته لا يقطع بعلم الموجب به ، وبالتالي لا يتحقق في هذه اللحظة تلاقي الإرادتين . كما أخذ أيضًا على هذه النظرية أنها لم تتضمن حلاً حاسماً لمسألة الغش الذي يمكن تحققه في هذا المجال ، فالموجب يبقى قادراً على أن يحول دون استلام القبول من مبدأ الأمر فيمنع بالتالي انعقاد العقد (١٣٦) .

---

(١٣٤) د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، السابق ذات الموضع .

(١٣٥) د. صلاح الدين زكي ، السابق ص ٢٧٦ .

(١٣٦) د. صلاح الدين زكي ، السابق ص ٢٧٧ .

- نظرية العلم بالقبول Théorie de l'information : بحسب هذه النظرية فإن انعقاد العقد يتأخر إلى اللحظة التى يعلم فيها الموجب بالقبول ، فإذا كان العقد لا ينعقد إلا بإلتقاء إرادتى أطرافه ، فإن هذا الإلتقاء ، بحسب هذه النظرية ، لا يتحقق إلا من الوقت الذى يتحقق فيه ذلك ، أى من الوقت الذى يعلم فيه الموجب بالقبول .

إعمالاً لهذه النظرية بشأن العقود التى تنعقد من خلال البريد الإلكترونى يمكن القول بأن العقد ينعقد فى هذه الحالة فى اللحظة التى يعلم فيها الموجب بالقبول أى بقيامه بفتح بريده الإلكترونى والإطلاع على رسالة القابل ، أى يتحقق من قبول الأخير للإيجاب المعروض عليه (١٣٧) .

ويرى بعض الفقه أن هذه النظرية تؤدى إلى قيام التعامل على أسس ثابتة (١٣٨) بالإضافة إلى تحقيق الاستقرار فى المعاملات (١٣٩) . ولتفادى ما قد يوجه إلى هذه النظرية من نقد فيما يتعلق بمسألة إثبات علم الموجب بالقبول وتحكمه فى هذا الشأن ، ذهب البعض من انصار هذه النظرية إلى الاكتفاء بالعلم الافتراضى للموجب دون علمه الفعلى ، وذلك من خلال اعتبار وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم الأخير به ، على أن تكون هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ، بحيث يكون للموجب أن يثبت عدم علمه بالقبول رغم تسلمه له .

وبالرغم من ذلك فلم تسلم نظرية العلم بالقبول من المآخذ . فقد قيل بشأنها أنها تتيح للموجب - باشتراط علمه لإنعقاد العقد - التلاعب بالإثبات ، ولا يكفى لدفع هذا العيب القول بأن تسلم القبول

---

(١٣٧) أ. رامى علوان ، السابق ص ٢٥٨ .

(١٣٨) د. سليمان مرقس ود. محمد على إمام ، عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد ، ١٩٥٢ ، فقرة ١٠١ .

(١٣٩) عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ص ١١٨ .

قرينة على العلم ، إذ يبقى المرسل قاصراً عن دفع حجج الموجب لنفى علمه ، وبالنتيجة لذلك – حسب هذا الرأى – فإن نظرية العلم بالقبول تؤدى إلى تيسير الغش من قبل الموجب وإهدار الاستقرار الواجب للمعاملات (١٤٠) .

تلك هى ، فى إيجاز ، النظريات المختلفة التى قيل بها بشأن تحديد الوقت الذى يبرم فيه بين طرفين لا يجمعهما مكان واحد ، وإن لم يكن هناك عائق فى سبيل تعاصر تبادلهما لإرداتيهما من حيث الزمان .

هذه النظريات وما قيل بشأن كل منها من مزايا وعيوب يجعل فى الحقيقة من الصعوبة بمكان ترجيح نظرية على الأخرى . وهذا فى الواقع ما أدى ببعض الفقه إلى القول بأن الأمر يتعلق هنا بمشكلة يصعب إيجاد حل لها على المستوى النظرى ، لينتهى إلى القول بأن هذا الحل لا يمكن أن يكون إلا عن طريق المشرع (١٤١) .

الحل التشريعى الذى انحاز إليه المشرع المصرى ، تمثل فى أخذه بنظرية العلم بالقبول حيث نص فى المادة ٩٧ من التقنين المدنى المصرى على أنه «١– يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك ٢– ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول» .

أما عن التقنين المدنى الفرنسى فالملاحظ ، وكما أشرنا فيما تقدم ، أنه لم يتضمن أى نص عام فى هذا الصدد ، وهو الأمر الذى يأسف له جانب كبير من الفقه الفرنسى ، والذى يرى أنه لا بديل عن الحل التشريعى لمسألة تحديد الوقت الذى يصبح فيه العقد تاماً حين يعقد

---

(١٤٠) فى عرض وتفصيل أوجه النقد التى قيل بها بشأن هذه النظرية ، راجع د. صلاح الدين زكى ، السابق ص ٢٥٢ وما بعدها .

(١٤١) B. Starck, op. cit., p. 129 .

بين غائبين بصفة عامة ، وذلك بالنظر لأهمية النتائج العملية التى ترتبط بهذا التحديد (١٤٢) .

إزاء هذا الفراغ التشريعى كان على القضاء الفرنسى أن يتصدى لحل مشكلة تحديد زمان انعقاد العقد كلما عرضت عليه .

وقد ترددت أحكام محكمة النقض الفرنسية فى هذا الشأن بين اعتبار تحديد وقت انعقاد العقد مسألة واقع ، تخضع لتقدير قاضى الموضوع ، أم مسألة قانون .

فبعد أن كانت تعتبر ذلك مسألة واقع يترك تقديرها لقاضى الموضوع وفق ظروف الدعوى (١٤٣) ، عادت إلى النظر إلى المسألة باعتبارها من مسائل القانون وأخذت فى ذلك بنظرية تصدير القبول (١٤٤) ، ولكنها ما لبثت أن عادت بعد ذلك لموقفها القديم فى اعتبار تحديد وقت انعقاد العقد مسألة واقع (١٤٥) .

اعتبار تحديد لحظة انعقاد العقد مسألة واقع جعل محاكم الموضوع تختلف بشأن تحديد هذه اللحظة ، فمنها من أخذ بنظرية استلام القبول (١٤٦) ، ومنها من أخذ بنظرية تصدير القبول (١٤٧) .

وقد ذهب بعض الفقه فى هذا الصدد ، إلى أن موقف القضاء يبرره

---

(١٤٢) J. Ghestin, op. cit., p. 326, Ch. Larroumet, op. cit., p. 259 .

(١٤٣) راجع على سبيل المثال :

Cass. Req. 29/1/1923, D. 1923-I- p. 76 .

(١٤٤) وكان ذلك بحكم لها بتاريخ ١٩٣٢/٣/٢١

D. 1933-I-65, note Sallé de la marnière .

(١٤٥) Cass. civ. 21/12/1960, D. 1961- p. 417 note Ph. Malaurie .

(١٤٦) انظر على سبيل المثال :

C.A. Nîmes, 3/3/1911, D.P. 1913,2,p. 164.

(١٤٧) C.A. Douai, 29/6/1962, D. 1962, 560.

حرصه على الأخذ بالحل الذى يحقق مصلحة الطرف الأجدر بالحماية وفق ظروف كل دعوى (١٤٨) .

بينما ذهب البعض الآخر إلى نقد موقف محكمة النقض الفرنسية فى اعتبارها تحديد وقت انعقاد العقد مسألة واقع ، مؤكداً على أن تحديد هذا الوقت لا يعتبر إلا مسألة قانون ، شأنه فى ذلك شأن كافة الشروط اللازمة لصحة العقد ، هذا بالإضافة إلى أن وضع حل واحد لهذه المشكلة يعتبر عاملاً من عوامل استقرار المعاملات (١٤٩) .

استمر الأمر على هذا النحو إلى أن تصدت محكمة النقض للمسألة بحكم (١٥٠) ، اعتبره الفقه من أحكام المبادئ (١٥١) ، مقررة فيه الأخذ بنظرية تصدير القبول . فقد قضت المحكمة فى هذا الحكم أنه ، وفى حالة عدم وجود اتفاق مخالف ، يصبح العرض تامًا ، ليس بتسلم من صدر عنه لقبول من وجه إليه ، وإنما بتصدير الأخير لهذا القبول (١٥٢) .

ويرى الأستاذ Ghestin أنه بهذا الحكم تكون محكمة النقض ، فى النهاية ، قد اختارت وضع القاعدة المكملة التى طال انتظارها (١٥٣) .

---

(١٤٨) J.L. Aubert, op. cit., p. 106 .

(١٤٩) Ch. Larroumet, op. cit., p. 258 .

(١٥٠) Cass. com. 7/1/1981, R.T.D. civ. 1981, p. 849 obs . F. Chabas; R.T.D. com. 1981, p. 827, obs. J. Hémard .

(١٥١) J. Ghestin, op. cit., p. 329 .

(١٥٢) جاء فى هذا الحكم أنه :

"... faute de stipulation contraire, l'offre était destinée à devenir parfaite, non pas par la réception par son auteur de l'acceptation de sa destinataire mais par l'émission par celle- ci de cette acceptation .

(١٥٣) J. Ghestin, op . cit., p. 329 .

وفى ذات المعنى :

Ph. Delebecque et F.J. Pansier, Droit des obligations, Responsabilité civile- Contrat, 2ᵉéd. Litec 1998, p. 33 .

إذا كانت محكمة النقض الفرنسية بموقفها هذا قد رجحت نظرية تصدير القبول فى تحديد زمان انعقاد العقد الذى يبرم بين غائبين من حيث المكان ، وإن لم يكن هناك ، بالضرورة ، ما يفصل بين تعبيرهما عن إرادتيهما فاصل من حيث الزمان ، فيمكننا أن نلاحظ ، فى هذا الشأن ، أن هناك بعضاً من صور التعاقد عن بعد ، وبالنظر إلى إمكان إعمال بعض النصوص الخاصة بها ، ما يمكن أن يستدعى حلولاً تخرج عن القاعدة التى كرستها محكمة النقض الفرنسية ، ذلك هو ما ننتقل إلى بيانه فى الفقرة التالية .

٢- حلول خاصة ببعض صور التعاقد عن بعد :

نتناول هنا ، وكما أسلفنا ، بيان بعض صور التعاقد عن بعد التى يمكن أن يكون زمان انعقادها غير ذلك الذى اعتمدته محكمة النقض الفرنسية .

ويمكن أن نرصد فى هذا الخصوص حالات ثلاث :

– **الحالة الأولى** تتعلق بنص المادة ل ١٢١ – ٢٧ من تقنين الاستهلاك . وفقاً لهذا النص فإنه فى حالة السعى إلى التعاقد من خلال التليفون أو بأى وسيلة فنية مشابهة يجب على المهنى أن يرسل إلى المستهلك تأكيداً للعرض الذى قدمه . ولا يكون المستهلك ملتزماً إلا بتوقيعه (١٥٤) .

هذا النص يثير فى الواقع التساؤل عن مدى إمكان إعمال حكمه بشأن التعاقد عن بعد ، وذلك رغم أن النص المشار إليه قد ورد ضمن

---

(١٥٤) ويجرى النص الفرنسى للمادة ل ١٢١– ٢٧ على النحو التالى :

"A la suite d'un démarchage par téléphone ou par tout moyen technique assimilable, le professionnel doit adresser au consommateur une confirmation de l'offre qu'il a faite . Le consommateur n'est engagé que pas sa signature...:" .

النصوص الخاصة بالسعى إلى التعاقد ، بينما النصوص المنظمة للتعاقد عن بعد وردت فى مبحث خاص بها تحت عنوان «بيع الأموال وأداء الخدمات عن بعد» .

الإجابة على هذا التساؤل يتعين أن تكون ، فى اعتقادنا ، بالإيجاب ذلك أننا نرى أن ما جاء بالنص المذكور من عبارة «التليفون أو بأى وسيلة فنية مشابهة» يعادل عبارة «وسائل الاتصال عن بعد» الواردة بنص المادة ل ١٢١-١٦ من تقنين الاستهلاك والتى من خلالها يتم إبرام العقد عن بعد ، بالمفهوم الذى حددته النصوص المنظمة لهذا النوع من التعاقد .

مؤدى هذا التفسير ، الذى نعتقد صحته ، أن ينعقد العقد فى لحظة قبول المستهلك لتأكيد الإيجاب من قبل المهنى ، وليس فى لحظة قبول الإيجاب الأصلى الصادر من المهنى ، وذلك بتوقيعه .

- أما الحالة الثانية فهى تتعلق بانعقاد العقد عن بعد من خلال وسيلة إلكترونية . يلاحظ أنه بخصوص هذا الفرض فقد صدر التوجيه الأوروبى رقم ٣١/٢٠٠٠ بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٨ بشأن التجارة الإلكترونية (١٥٥) ، وإعمالاً لهذا التوجيه فقد تم إعداد مشروع قانون فرنسى (١٥٦) تضمنت المادة ٢٣ منه نصًا يستتبع حتمًا التساؤل عن

---

(١٥٥) Directive 2000/31/CE, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique") J. officiel n° L 178 du 17/7/2000, p. 0001- 0016 .

(١٥٦) وقد تم إقرار هذا المشروع فى قراءة أولى من الجمعية الوطنية بتاريخ ٢٠٠٣/٢/٢٩ (Texte n° 89) .

وفى المشروع التمهيدى لهذا القانون، راجع :

P. Catala, L'engagement électronique de l'entreprise, R. des sociétés, 2001 p. 258 et s .

اللحظة التى ينعقد فيها العقد فى الحالة التى يستخدم فيها الطريق الإلكترونى . المادة المشار إليها من المشروع المذكور تتضمن إقتراحاً بإضافة مادة جديدة إلى التقنين المدنى الفرنسى برقم ١٣٦٩-٢ تقضى بأن العقد المقترح من خلال الطريق الإلكترونى لا ينعقد إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب ، وذلك بعد تمكنه من مراجعة طلبه والثمن كاملاً وتصحيح الأخطاء المحتملة (١٥٧) .

الواقع أنه بهذا النص المقترح ستكون هناك لحظة أخرى جديدة - مقارنة بالنظريات السابق بيانها - يتم فيها انعقاد العقد بين الغائبين عند استخدام وسيلة إلكترونية لإبرامه . هذه اللحظة هى تصدير تأكيد القبول (١٥٨) . فلم يعد يكفى القبول فى ذاته لإبرام العقد ، فى هذه الحالة ، وإنما يجب تأكيده ، من خلال تأكيد أمر الشراء السابق إصداره من قبل متلقى العرض ، وتصديره إلى موجه العرض .

لا شك أن تأخر لحظة انعقاد العقد إلى هذه اللحظة يهدف إلى حماية متلقى العرض عبر الوسيلة الإلكترونية وإتاحة الفرصة له إما للعدول عن قبوله المبدئى ، أو من خلال تمكينه من مراجعة تفاصيل أمر الشراء الصادر منه والإطلاع على الثمن الذى يلتزم بالوفاء به

---

(١٥٧) ويجرى النص المقترح للمادة ١٣٦٩- ٢ على النحو التالى :

"Le contrat proposé par voie électronique est conclu quand le destinataire de l'offre, après avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, ainsi que de corriger d'éventuelles erreurs, confirme celle- ci pour exprimer son acceptation" .

(١٥٨) ويلاحظ فى هذا الشأن أن هذا النص المقترح يعتبر تكريساً لواقع عملى سابق عليه يقضى بضرورة صدور تأكيد أمر الشراء من جانب القابل . فهذا فى الواقع ما تضمنه البند السابع من العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية والذى قضى بضرورة تأكيد الأمر بالشراء من قبل الموجه إليه العرض .

راجع فى ذلك ، د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، السابق ص ٨٥ .

وتصحيح ما يمكن أن يكون قد وقع فيه من أخطاء ، فإذا ما تمكن من إجراء مثل هذه المراجعة يكون بإمكانه تأكيد أمر الشراء وتصديره إلى صاحب العرض ، في هـذه اللحظة ، وليس قبلها ، يكون العقد قد انعقد .

بذلك نكون إزاء نظرية جديدة في سبيل تحديد وقت انعقاد العقد عن بعد ، هي نظرية تصدير تأكيد القبول .

هذا وإذا ما أخذنا في الاعتبار تعلق النصوص السابق إصدارها بشأن التعاقد عن بعد (١٥٩) بالنظام العام الحمائي فيكون من المؤكد عدم قدرة البرنامج المعلوماتي - في حالة التعاقد من خلال وسيلة إلكترونية - الذي يتم التعاقد من خلاله على تضمين ما يجيز انعقاد العقد بدون تأكيد للقبول ، ومؤدى ذلك أن القبول مجرداً عن التأكيد لا يرتب أثراً بشأن انعقاد العقد ، فالقبول مجرداً عن التأكيد الواجب تصديره لصاحب العرض يصبح في هذه الحالة عديم الأثر (١٦٠) .

- ويضاف إلى الحالتين السابقتين حالة أخرى يحتمل أن يخضع التعاقد عن بعد فيها لأحكام اتفاقية فيينا بشأن عقد البيع الدولي للبضائع بتاريخ ١١/٤/١٩٨٠ إذا ما توافرت شروط تطبيقها (١٦١) . في هذا الفرض تتحدد لحظة انعقاد العقد ، وعلى ما يبدو من نص الفقرة

---

(١٥٩) ونقصد بذلك نصوص المرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠١- ٧٤١ ، والتي بمقتضاها نصت المادة ل ١٢١ - ٢٠/٧ في نهاية النصوص المنظمة للتعاقد عن بعد ، على أن هذه النصوص تتعلق بالنظام العام .

(١٦٠) د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، السابق ص ٨٦ .

(١٦١) يقصد بالبيع الدولي موضوع هذه الاتفاقية ، وفقاً لنص المادة الأولى منها «عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة...» .

راجع في تفاصيل نطاق تطبيق هذه الاتفاقية ، د. محمد شكري سرور ، موجز أحكام عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا ، سابق الإشارة إليه .

الثانية من المادة ١٨ من هذه الاتفاقية بلحظة تسلم القبول (١٦٢) .

من خلال العرض السابق يمكن القول إذن أن تحديد اللحظة التى ينعقد فيها العقد فى حالة إبرامه عن بعد يقتضى تحديد كيفية إبرامه ، وبالتالى النظام القانونى الذى يندرج فى إطاره ، هل تم إنعقاده بالمراسلة التقليدية ، أى من خلال الرسائل البريدية ، أم على الخط – أو مباشرة – en ligne عبر شبكة الإنترنت .... الخ . وبمعنى أخر فإن زمان انعقاد العقد فى حالة التعاقد عن بعد يقتضى تحديد أى نوع من التعاقد عن بعد هو المقصود تحديد زمان انعقاده .

بذلك يمكن القول أنه رغم عناية المشرع الفرنسى بوضع تنظيم للتعاقد عن بعد ، فإنه من خلال البحث يتبين أنه لا يوجد تنظيم واحد للمسألة محل البحث هنا بل تعدد فى الحلول ، كان من الأفضل أن يعمل المشرع على تفاديه .

إذ كان الأمر كذلك من حيث تحديد زمان إنعقاد العقد فى حالة إبرامه عن بعد ، فإن التساؤل يثور بعد ذلك عن المكان الذى يعتبر مثل هذا العقد قد انعقد فيه سيما وأن أطرافه لا يجمعهما مكان واحد .

(ب) مكان الإنعقاد :

لا شك أن القول بتركيز العقد مكانياً ، أو توطينه ، فى حالة إنعقاده عن بعد ، أى رغم عدم تواجد أطرافه في مكان واحد ، لا يخلو ، كما يرى بعض الفقه من قدر من الحيلة fiction القانونية (١٦٣) . وبالرغم من ذلك ، وكما رأينا فيما تقدم ، فإن تحديد مكان انعقاد العقد

---

(١٦٢) فقد نصت هذه الفقرة على أنه :

"L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre" .

(١٦٣) J.L. Aubert, op. cit. p. 110 .

له أهميته بصفة خاصة ، من حيث تحديد القضاء المختص بنظر منازعاته ، وكذلك القانون الواجب التطبيق بشأنه إذا ما اتخذ العقد الصفة الدولية .

والواقع أنه يمكن أن نرصد بشأن مكان انعقاد العقد ، سيادة النظرية المسماة بنظرية الوحدة Théorie moniste (١٦٤)أو نظرية التلازم بين مكان إنعقاد العقد وزمان هذا الانعقاد . هذه النظرية هى فى الحقيقة النظرية السائدة لدى التشريعات التى تناولت صراحة تحديد زمان ومكان إنعقاد العقد فى حالة إبرامه بين غائبين ، ومنها القانون المدنى المصرى والذى نصت المادة ١/٩٧ منه على أنه «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول» . ومؤدى ذلك أن اللحظة التى يعتبر فيها العقد قد انعقد هى ذاتها التى تحدد مكان هذا الانعقاد . وإذا كنا قد رأينا فيما تقدم أنه وفقاً للاتجاه الغالب فى القضاء الفرنسى الحديث يُرجح انعقاد العقد بين الغائبين فى لحظة تصدير القبول ، فإن العقد يكون بالتالى منعقداً فى مكان هذا التصدير .

فى المقابل هناك من يرى ، وبصفة خاصة فى حالة عدم حسم مسألة زمان ومكان الانعقاد تشريعياً ، وكما هو الحال فى القانون الفرنسى ، أنه لا يوجد ما يحتم مثل هذا التلازم بين زمان انعقاد العقد ومكانه – مادام أن تحديد مكان الانعقاد ، على ضوء لحظة انعقاده لا يخلو من قدر من الحيلة ، أو الاصطناع – آخذاً فى ذلك بنظرية الإزدواج Théorie dualiste (١٦٥) والتى بمقتضاها يمكن الفصل بين تركيز العقد ، أو توطينه ، مكانيًا ، وبين تركيزه من الناحية الزمنية ، بحيث يمكن الاختلاف بين الأمرين ، فيكون العقد قد انعقد فى لحظة معينة ، بينما يعتبر مكان انعقده مكانًا آخر غير ذلك الذى انعقد زمنياً فيه ،

---

(١٦٤) وهى تسمية Aubert ، السابق ص ١٠٨ .

(١٦٥) J.L. Aubert, op. cit., p. 108 .

وليتحدد فى ضوء هذا المكان القضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، وكذلك ، وعند اتسام العقد بالطابع الدولى ، القانون الواجب التطبيق بشأن هذه المنازعات .

والواقع أنه إذا ما نظرنا إلى القانون الفرنسى فى هذا الصدد لوجدنا أن هناك ضوابط متعددة ، ذات مصادر قانونية مختلفة ، يمكن فى هديها تحديد مكان الانعقاد فى حالة العقود المبرمة عن بعد ، سواء كان العقد أبرم داخل حدود الدولة ، أم كان عقداً مبرمًا عبر الحدود ، تحديد مكان انعقاد العقد فى ضوء هذه الضوابط يسمح بالتالى بتحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعة فيه ، والقانون الواجب التطبيق عليه .

لبيان ذلك نعرض فيما يلى للعقود المبرمة داخل إقليم الدولة ، ثم لتلك المبرمة عبر الحدود .

١ - العقود المبرمة داخل إقليم الدولة :

فى هذا الفرض فإن معظم القواعد الواجب تطبيقها على العقد المبرم عن بعد هى ذاتها القواعد العامة المطبقة على سائر العقود .

فأولاً ، وفيما يتعلق بتحديد المحكمة المختصة محلياً بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، فإن القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة ٤٢ من تقنين المرافعات الفرنسى الجديد (١٦٦) تشير فى هذا الصدد باختصاص محكمة موطن المدعى عليه ، فوفقًا لهذه المادة المحكمة المختصة ، وفى حالة عدم جود نصوص مخالفة ، هى المحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامة المدعى عليه . وإذا تعدد المدعى عليهم يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامة أحدهم ، بحسب اختيار المدعى (١٦٧) .

---

(١٦٦) الصادر فى ١٩٧٥/١٢/٥ ، والمعمول به ابتداء من أول يناير ١٩٧٦ .

(١٦٧) وراجع نص المادة ٤٩ من تقنين المرافعات المصرى .

والنصوص المخالفة لهذه القاعدة ، والمتعلقة بالعقد ، والتى أشارت إليها المادة ٤٢ تتضمنها بصفة أساسية المادة ٤٦ والمادة ٤٨ من ذات التقنين .

وفقًا للمادة ٤٦ من تقنين المرافعات الفرنسى فى المسائل التعاقدية ، فإن للمدعى ، بحسب اختياره ، أن يرفع دعواه - بخلاف المحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامة المدعى عليه - أمام المحكمة التى تم فى دائرتها التسليم الفعلى للشئ ، أو تنفيذ الأداء محل الخدمة (١٦٨) .

أما المادة ٤٨ من تقنين المرافعات الفرنسى فهى تنص على أن كل شرط يخالف قواعد الاختصاص المحلى ، بطريق مباشر أو غير مباشر ، يعتبر كأن لم يكن ، ما لم يكن قد تم الاتفاق عليه بين أشخاص تعاقدوا بصفتهم تجاراً وتم إبرازه بطريقة ظاهرة جداً فى تعهد الطرف الذى يحتج به عليه (١٦٩) .

هذا النص الأخير يقضى إذن وعلى نحو صريح ببطلان كل اتفاق على خلاف ما تقضى به القواعد المنظمة للاختصاص المحلى ، ما لم يكن قد ورد ضمن عقد أبرم بين تاجرين ، تعاقدا بهذه الصفة ، واستوفى الشكل الذى تطلبه القانون .

---

(١٦٨) ويجرى نص المادة ٤٦ من تقنين المرافعات الفرنسى على النحو التالى :

"Le demandeur peut saisir à son choix , outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, en matière contractuelle , la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service..".

(١٦٩) ويجرى النص الفرنسى للمادة ٤٨ على النحو التالى :

"Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite, à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée".

ثانيًا ، وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقد المبرم على إقليم الدولة ، أى على الإقليم الفرنسى ، فهو بطبيعة الحال ، وما لم يكن هناك اتفاق مخالف ، القانون الفرنسى . وعلى الرغم من ذلك ، فإن التعيين المحتمل من قبل المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد قد تم تقييده الآن فى مجال التعاقد عن بعد ، فى نطاقه المحدد بمقتضى التنظيم التشريعى الجديد وذلك بمقتضى المادة ل ١٢١-٦/٢٠ من تقنين الاستهلاك . وفق هذه المادة الجديدة ، إذا اختار المتعاقدان قانون دولة ليست عضوًا بالاتحاد الأوروبى لحكم العقد المبرم بينهما ، فإنه على القاضى الذى يتم التمسك أمامه بهذا القانون أن يستبعد تطبيقه لصالح النصوص الأكثر حماية بقانون مكان الإقامة المعتادة للمستهلك ، والذى يؤمن نقل التوجيه الأوروبى ٧/٩٧ بتاريخ ٢٠/٥/١٩٩٧ (١٧٠) المتعلق بحماية المستهلكين فى مجال العقود المبرمة عن بعد ، إذ كانت هذه الإقامة تقع داخل دولة عضو .

٢- العقود المبرمة عبر الحدود :

العقد فى هذه الحالة هو عقد دولى (١٧١) يخضع من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن المنازعات الناشئة عنه ، والقضاء المختص بنظر هذه الأخيرة ، لقواعد القانون الدولى الخاص .

تجمع النظم القانونية على خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة (١٧٢) ، أى القانون الذى يختاره الأطراف أنفسهم لحكم العقد

---

(١٧٠) سابق الإشارة إليه .

(١٧١) فى تعريف العقد الدولى راجع ، د. حفيظة الحداد ، الموجز فى القانون الدولى الخاص ، الكتاب الأول ، المبادئ العامة فى تنازع القوانين ، منشورات الحلبى الحقوقية ، بيروت ٢٠٠٢ ص ٤٠٧ .

(١٧٢) انظر مثلاً المادة ١٩ من التقنين المدنى المصرى .

وفى مدى حرية المتعاقدين فى اختيار القانون الذى يحكم العقد ، راجع د. حفيظة الحداد ، السابق ص ٤١٦ وما بعدها .

المبرم بينهم ، سواء كان الاختيار صريحاً أم ضمنياً ، وللأطراف في هذا المجال أيضًا ، ووفقًا لمبدأ الخضوع الإرادي ، الاتفاق على تقرير الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن العقد لمحاكم دولة معينة ، ويشترط لصحة هذا الاتفاق توافر رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختارة لنظره ، أو توافر مصلحة مشروعة للأطراف في مثل هذا الاختيار (١٧٣) .

على أن المبادئ المتقدمة لا تنفى وجود ضوابط أخرى في مجال العقود التي نتناولها هنا يمكن أن يؤدى إعمالها إلى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها أو القضاء المختص بنظر منازعاتها . هذه الضوابط يمكن استخلاصها من القواعد الصادرة على المستوى الأوروبي ، أو من تلك التي تتضمنها الإتفاقيات الدولية .

فعلى المستوى الأوروبي يلاحظ أنه اعتباراً من مارس ٢٠٠٢ قد دخل حيز النفاذ ، في كافة الدول أعضاء الاتحاد الأوروبي - باستثناء الدنمارك - لائحة مجلس الجماعة الأوروبية رقم ٢٠٠١/٤٤ الصادرة بتاريخ ٢٠٠٠/١٢/٢٢ والمتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية (١٧٤) ، لتحل بذلك محل اتفاقية بروكسل الموقعة بتاريخ ١٩٦٨/٩/٢٧ الصادرة من قبل في هذا الشأن . اللائحة الجديدة (رقم ٢٠٠١/٤٤) تبرر إسناد الاختصاص لقضاء دولة عضو بالاتحاد الأوروبي في ضوء ضوابط ثلاثة : موطن

---

(١٧٣) راجع في تفاصيل ذلك د. حفيظة الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني ، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠٠٢ ص ١٠٨ .

(١٧٤) J.O.C.E. 16/1/2001 n° L p. 1 .

وراجع بشأن هذه اللائحة :

C. Bruneau, Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale , J.C.P., 2000-I- 304 .

المدعى عليه فى الدولة العضو ، طبيعة النزاع المنشئة لعلاقة وثيقة بهذه الدولة ، إرادة الأطراف فى إسناد الاختصاص لدولة عضو (١٧٥) . وإذا لم يتوافر أى من هذه الضوابط فإن الاختصاص يتحدد ، داخل الدولة العضو ، بحسب ما تشير إليه قوانين هذه الدولة (١٧٦) .

وفيما يتعلق بالمسائل التعاقدية فإن الاختصاص ينعقد ، وفقاً للائحة المذكورة أيضاً ، لمحكمة المكان الذى تم فيه ، أو الذى يجب أن يتم فيه تنفيذ الالتزام الأساسى فى الطلب . مع ملاحظة أن الأمر يتعلق هنا بمكان واقع داخل دولة عضو بالاتحاد الأوروبى ، وفقًا لما ورد بالعقد ، أو يجب أن يتم ، تسليم البضاعة ، أو حيث تم ، أو يجب أن يتم ، أداء الخدمة محل العقد (١٧٧) .

هذا ويلاحظ أنه فيما يتعلق بالعقود المبرمة مع المستهلك ، فإن لائحة المجلس الأوروبى رقم ٤٤/٢٠٠١ المذكورة ، تقرر أنه لا يمكن رفع الدعوى على المستهلك إلا أمام محاكم الدولة العضو التى يوجد بها موطنه . أما إذا كان المستهلك هو المدعى فيكون له الخيار بين رفع الدعوى أمام محكمة موطنه أو محاكم الدولة العضو التى بها المدعى عليه (١٧٨) . وبالإضافة إلى ذلك فقد قضت اللائحة المشار إليها ببطلان الشروط المحددة للاختصاص القضائى على خلاف ما قضت به بشأن العقود المبرمة مع المستهلك ، وذلك فيما عدا حالة الشروط اللاحقة لنشأة النزاع ، أو تلك التى تسمح للمستهلك برفع دعواه أمام محاكم أخرى غير تلك التى وردت باللائحة ، وذلك الذى يمنح الاختصاص لمحاكم الدولة العضو بالاتحاد الأوروبى التى كان بها الموطن المشترك للمستهلك والمهنى عند إبرام العقد (١٧٩) . على المستوى الدولى .

---

(١٧٥) راجع Bruneau , Précité

(١٧٦) المادة ٤ – ١ من اللائحة .

(١٧٧) المادة ٥ – ١ من اللائحة المذكورة .

(١٧٨) المادة ١٦ من هذه اللائحة .

(١٧٩) المادة ١٧ من اللائحة .

فالملاحظ أن الاتفاقيات التى تتناول مسألة التركيز المكانى للعقد تبدو نادرة . فإتفاقية فيينا بشأن البيع الدولى للبضائع ، على سبيل المثال ، وإن كانت قد عالجت مسألة زمان انعقاد العقد ، فهى على العكس لم تشر إلى مكان انعقاده .

على عكس اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولى للبضائع ، فإن اتفاقية روما (الموقعة فى روما بتاريخ ١٩/٦/ ١٩٨٠) بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (١٨٠) تتضمن فى مادتها الثالثة - وبالنسبة للعقود التى تنطبق عليها - مبدأ حرية الأطراف فى اختيار القانون الذى يحكم العقد . وفى حالة سكوت الأطراف فإنه ، وفقاً لهذه الاتفاقية ينطبق على العقد قانون الدولة التى يتصل بها بالروابط الأكثر وثوقاً (١٨١) .

هذا وقد تضمنت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من الاتفاقية المذكورة قرينة عامة (١٨٢) حددت من خلالها المقصود بالقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية . فقد نصت الفقرة المشار إليها على أنه «يفترض أن للعقد الروابط الأكثر وثوقاً مع الدولة التى يوجد فيها ، لحظة إبرام العقد ، محل الإقامة المعتادة للشخص الذى عليه القيام بالأداء المميز

---

(١٨٠) فى تفاصيل هذه الاتفاقية راجع د. طرح البحور على حسن فرج ، تدويل العقد ، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة فى روما ١٩ يونيو ١٩٨٠ ، تقديم د. هشام صادق ، منشأة المعارف ٢٠٠٠ .

(١٨١) المادة ٤-١ من الاتفاقية

"... Le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits" .

(١٨٢) د. حفيظة الحداد ، المبادئ العامة فى تنازع القوانين ، سابق الإشارة إليه ص ٤٧٥ .

La prestation caractéristique (١٨٣) ، أو إذا كان الأمر يتعلق بشركة أو جمعية أو شخص معنوى مركز إدارته الرئيسى .

ويلاحظ أنه بالرغم من القرينة العامة السابقة ، وعلى خلاف النصوص المشار إليها ، فقد نصت المادة ٣/٥ من اتفاقية روما على أن العقود التى يبرمها المستهلك تخضع لقانون الدولة التى يوجد بها محل إقامته المعتادة ، وذلك بالنظر إلى ظروف معينة تكون قد أحاطت بإبرام مثل هذه العقود . هذه الظروف حددتها الفقرة المشار إليها بأنها : إذا كان إبرام العقد قد سبقه ، فى هذه الدولة ، اقتراح تم تقديمه بصفة خاصة بشأن هذا العقد أو بإعلان لهذا الغرض ، وإذا كان المستهلك قد أتم فى هذه الدولة التصرفات الضرورية لإبرام العقد ، أو إذا كان المتعاقد مع المستهلك ، أو نائبه ، قد تلقى أمر الشراء من المستهلك فى هذه الدولة ، أو إذا كان العقد بيعاً للبضائع وكان المستهلك قد ذهب من هذه الدولة (دولة إقامته المعتادة) إلى دولة أجنبية لطلب شرائها نتيجة رحلة

---

(١٨٣) وتقوم فكرة الأداء المميز فى العقد Prestation carctéristique «على تفريد معاملة العقد وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب الوزن القانونى والأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام الأساسى فى العقد ومكان الوفاء به أو تقديمه . ولما كان هذا الأداء أو الالتزام ليس سواء فى كل العقود فإنه من الطبيعى أن يختلف القانون الذى يحكمه فى كل عقد على حدة» .

د. أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولى ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ٢٠٠٠-٢٠٠١ ص ١٩٩ .

وقد حرص القانون الدولى الخاص السويسرى الجديد على تحديد ما يعتبر أداء مميزاً بالنسبة لبعض العقود . فوفقاً للفقرة الثانية من المادة ١١٧ من هذا القانون يعتبر على وجه الخصوص اداء مميزاً للعقد : أداء ناقل الملكية فى عقود نقل الملكية - اداء المعير فى عقود عارية الاستعمال التى تقع على شئ أو حق - اداء الخدمة فى عقود الوكالة أو عقد المقاولة أو أية عقود أخرى موضوعها أداء خدمة - اداء المودع لديه فى عقود الوديعة - اداء الضامن فى عقود الكفالة والضمان .

راجع فى ذلك د. حفيظة الحداد ، المرجع السابق ص ٤٧٦ هامش (١) .

منظمة بمعرفة البائع بغرض حث المستهلك على الشراء .

خلاصة لما تقدم يمكن القول بأنه رغم تنوع المراكز التعاقدية والمصادر القانونية ، فإنها فى مجملها تتجه نحو تركيز العقد المبرم عن بعد فى محل إقامة المستهلك عندما يكون طرفاً فى العقد ، وذلك على خلاف الحال بالنسبة للعقود الأخرى المبرمة عن بعد ، أى تلك التى تبرم بين المهنيين ، أو بين الأفراد العاديين بعضهم مع البعض ، حيث يؤخذ فى الاعتبار هنا مبدأ الحرية التعاقدية ، أو ضابط محل إقامة المدعى عليه .

ثانيًا : الشكلية القانونية فى العقود المبرمة عن بعد

إذا كانت الإرادة فى ذاتها مسألة نفسية داخلية ، فإن تحقيقها لهدفها فى إحداث آثار قانونية معينة يقتضى إعلانها فى العالم الخارجى فى شكل أو آخر من الأشكال المعبر عنها ، والأصل هو حرية أطراف التعاقد فى اختيار شكل التعبير عن إرادتهم (١٨٤) .

غير أن القانون يستلزم فى أحيان كثيرة شكلية معينة يجب استيفاؤها للتعبير عن الإرادة ، بجانب الشروط الموضوعية اللازمة لتكوين العقد وصحته ، على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة فى غير الشكل المطلوب غير منتج للأثر القانونى المطلوب .

وإذا كانت الشكلية التى يتطلبها القانون تتعدد أهدافها وتختلف من حالة إلى أخرى (١٨٥) ، فالمؤكد أن الشكلية قد شهدت فى الآونة الأخيرة بعث جديد فى القانون المقارن ، كان هدفه بصفة خاصة حماية المستهلك فى عقود الاستهلاك باعتبار أن الشكلية فى هذه الحالة تعتبر

(١٨٤) د. مصطفى الجمال ، السعى إلى التعاقد ، سابق الإشارة إليه ص ١٩٠ .

(١٨٥) د. مصطفى الجمال ، السابق ص ١٩١ وما بعدها .

M. A. Guerriero, L'acte juridique solennel, L.G.D.J. 1975, p. 38 et s .

أداة لإعلام المستهلك وتنوير رضاءه فى العقود التى يكون طرفاً فيها فى مواجهة المهنى أو المحترف (١٨٦) .

الشكلية التى يتطلبها القانون تتدرج من حيث نطاقها ، فقد تكون متطلبة بشأن العقد برمته ، وقد تكون واجبة بخصوص بعض من بياناته وشروطه (١٨٧) .

ففى عقود متعددة تكون الكتابة متطلبة كركن لإنعقاد العقد ، أو شرط لصحته ، وتخلفها يستتبع بطلانه كما هو الحال فى عقد الشركة (١٨٨) والتنازل عن براءة الاختراع (١٨٩) وعقد تشييد المنزل الفردى (١٩٠) .

وهناك من العقود ما يجب أن يتضمن بيانات معينة تهدف إلى إعلام المتعاقد المستهلك ، منها على سبيل المثال المعلومات قبل التعاقدية التى يجب على المهنى الإدلاء بها للمستهلك فى العقود المبرمة عن بعد بمفهومها السابق تحديده . ومن ذلك أيضاً ضرورة ذكر المعدل الإجمالى الفعلى لسعر الفائدة فى عقود إقراض المستهلكين (١٩١) . وفى مجال العقود التى تبرم من خلال السعى إلى المستهلك فى منزله

---

(١٨٦) د. حسن جميعى ، حماية المستهلك ، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك ، سابق الإشارة إليه ص ٤١ وما بعدها ، د. السيد عمران ، حماية المستهلك ... سابق الإشارة إليه ص ٩٢ وما بعدها .

وراجع فى تفصيل موضوع الشكلية الهادفة لإعلام المستهلك ، رسالة الباحث ، سابق الإشارة إليه ص ٢٥٧ وما بعدها .

(١٨٧) د. مصطفى الجمال ، السابق ص ١٩٥ .

P. Catala, précité p. 265 et s .

(١٨٨) م. ١٨٣٥ مدنى فرنسى .

(١٨٩) م . ل ٦١٣ – ٨ من قانون الملكية الفكرية الفرنسى .

(١٩٠) م . ل ٢٣١–١ من قانون البناء الفرنسى .

(١٩١) م . ل ٣١٣ – ٢ من قانون الاستهلاك .

توجب المادة ل ١٢١-٢٣ من قانون الاستهلاك أن يتم التعاقد بموجب عقد تسلم نسخة منه للعميل عند انعقاده ، ويجب أن يتضمن العقد بعض البيانات الإلزامية بهدف إعلام المستهلك .

فى حالات أخرى يتطلب القانون أن تكون بعض البيانات أو التوقيع بخط اليد . من ذلك ضرورة كتابة تاريخ ومكان قبول الإيجاب فى عقد الإنتفاع بالعقار وفق نظام اقتسام الوقت (١٩٢) . وفى العقود التى تبرم من خلال السعى إلى المستهلك فى منزله ، إذا كانت المادة ل ١٢١ - ٢١ من تقنين الاستهلاك توجب أن يشتمل العقد الذى سلم نسخة منه إلى المستهلك استمارة قابلة للفصل مخصصة لتسهيل ممارسته للحق فى العدول عن العقد ، فإنها توجب فى ذات الوقت أن تكون كل نسخ العقد موقعاً عليها ومؤرخة بيد العميل نفسه .

إذا كانت الشكلية فى الحالات المتقدمة متطلبة لصحة العقد أو بعض بياناته فإن التساؤل الذى يثور بصدد موضوع دراستنا هو ما إذا كان من الممكن استيفاء هذه الشكلية عن بعد وبصفة خاصة عن طريق الدعامات الإلكترونية (١٩٣) .

الواقع أنه بعد صدور القانون الفرنسى رقم ٢٣٠- ٢٠٠٠ بتاريخ ٢٠٠٠/٣/١٣ بشأن تطويع قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والمتعلق بالتوقيع الإلكترونى (١٩٤) أصبحت المادة ١٣١٦ من القانون المدنى الفرنسى تتسع لتشمل بجانب الكتابة الورقية ، أو الكتابة فى مفهومها التقليدى والتى تتضمنها دعامة ورقية ، الكتابة الإلكترونية ، أى تلك المثبتة على دعامة إلكترونية . فقد نصت هذه المادة على أنه

---

(١٩٢) م . ل ١٢١ - ٦٤ من قانون الاستهلاك .

(١٩٣) فى ذات التساؤل د. محمد منصور ، المسئولية الإلكترونية ، سابق الإشارة إليه ص ١٥٠ .

(١٩٤) J.O. 14/3/2000, p. 3968 .

«ينشأ الإثبات الخطى أو بالكتابة من تتابع أحرف أو أشكال أو أرقام أو أية إشارات أو رموز لها دلالة قابلة للإدراك ، وذلك أياً كانت دعامتها أو وسائل نقلها (١٩٥)» .

وقد أدى وجود هذا النص ضمن نصوص القانون المدنى التى عالجها هذا القانون تحت عنوان الإثبات إلى التساؤل عما إذا كانت الكتابة فى صورتها الحديثة ، أى الكتابة الإلكترونية ، يمكن أن تكون بديلاً عن الكتابة التقليدية فى حالة ما إذا كانت الكتابة - بصفة عامة - متطلبة كشرط لصحة العقد أو بعض بياناته . لا شك أن هذا التساؤل تزداد أهميته فى الحالات التى يتطلب فيها المشرع ، فى بعض صور التعاقد ، ضرورة تضمين العقد بعض البيانات التى يتعين كتابتها بخط يد المتعاقد ، أو حين تطلب التوقيع اليدوى ، أو التقليدى ، للمتعاقد .

وبعبارة أخرى فإن التساؤل المطروح الآن هو ما إذا كانت الكتابة بفهومها الحديث الموسع ، وبالنظر إلى وجود تعريفها ضمن نصوص القانون المخصصة للإثبات ، لا تزال قاصرة على الكتابة كوسيلة ، أو أداة ، للإثبات écrit probationem ، أو من الممكن أن يتسع نطاقها بحيث تشمل الكتابة كركن فى التصرف أو شرط لصحته écrit ad validitatem .

الواقع أن الفقه الفرنسى لا يزال منقسماً بين المفهومين المشار إليهما فيما تقدم ، ويبدو هذا الخلاف مرشحًا للإستمرار إنتظاراً

---

(١٩٥) ويجرى النص الفرنسى للمادة ١٣١٦ من التقنين المدنى الفرنسى على النحو التالى :

"La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leur modalité de transmission" .

لصدور التشريع المرتقب فى هذا الشأن .

ونعتقد من جانبنا أن محاولة الإجابة على التساؤل المثار هنا والخلاف حوله فى مجال دراستنا يقتضى البحث فى مدى قبول الكتابة الإلكترونية عندما تكون الكتابة متطلبة كركن فى التصرف ، أى شرط لصحته من ناحية ، ومدى توافق هذا النوع من الكتابة مع ضرورات حماية المستهلك ، وبصفة خاصة فى حالة إبرام العقد عن بعد ، من ناحية أخرى .

(أ) مدى قبول الكتابة الإلكترونية عند تطلب الكتابة لصحة التصرف :

من المعروف أن القانون رقم ٢٣٠- ٢٠٠٠ سابق الإشارة إليه كان هو القانون الأول الذى يتضمن تعريفًا قانونياً للكتابة . وقد أتى هذا التعريف ، وكما ذكرنا فيما تقدم ، على نحو يمكن أن يتسع ليس فقط للكتابة التقليدية المثبتة على دعامة مادية أو ورقية ، بل وكذلك للكتابة الإلكترونية (١٩٦) . موضوع هذا القانون كان فى الواقع تعريف الكتابة كدليل للإثبات ، وهو ما يظهر كذلك من صريح نص المادة ١٣١٦ ، وبالضرورة كان لابد لهذا القانون ، وقد عرف الكتابة ، أن يتضمن كذلك تعريفاً للتوقيع (١٩٧) .

---

(١٩٦) راجع نص المادة ١٣١٦ السابق ذكره (هامش رقم ١٩٥) .

(١٩٧) وقد ورد هذا التعريف بالمادة ١٣١٦-٤ حيث جاء بها :

"La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose . Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte . Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte .

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache . La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie , dans des conditions fixés par décret en Conseil d'Etat" .

لذلك ذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى أن هذا النص الجديد يتسع نطاقه ليشمل أيضاً الكتابة المتطلبة لصحة التصرف (١٩٨) . فقد رأى هذا الفقه أن عمومية تعريف الكتابة بمقتضى نص المادة ١٣١٦ يقتضى القول بأن الكتابة المقصودة فى هذا النص لم تعد قاصرة على الكتابة كدليل للإثبات وإنما تشمل أيضًا الكتابة المتطلبة لصحة التصرف وذلك فى الحالات التى يتطلب فيها القانون الكتابة بهدف حماية رضاء الطرف الضعيف فى العلاقة التعاقدية ، على نحو يسمح له بتقدير مدى خطورة تصرفه ، وسواء كان ذلك بتطلب الكتابة أياً كان شكلها ، أو كان المتطلب كتابة تتضمن بعض البيانات الإلزامية أو كتابة تتضمن بعض البيانات المكتوبة بخط يد المتعاقد .

فى مقابل هذا الرأى ، وبالنظر إلى أن نصوص القانون الجديد (٢٣٠-٢٠٠٠) قد تم إدماجها فى الجزء المخصص للإثبات فى القانون المدنى الفرنسى ، فقد ذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول بأن هذا التدخل التشريعى يجب أن يحصر مجال إعماله فيما ورد بشأنه ، أى يجب أن يقتصر على مجال الإثبات (١٩٩) .

ولكن الجدير بالملاحظة فى هذا الشأن أن نص المادة ١٣١٦ من القانون المدنى الفرنسى بشأن الإثبات الخطى أو بالكتابة ، بصياغته الجديدة وفق قانون ١٣ مارس ٢٠٠٠ ، هو فى الواقع النص الوحيد الآن الذى يتضمن تعريفاً للكتابة . ولذلك ذهب البعض إلى القول بوجوب الرجوع إلى هذا النص وما تضمنه من تعريف للكتابة ، فى كل الحالات

---

(١٩٨) F.G. Trébulle , La réforme du droit de la preuve et le formalisme, Petites Affiches 20/4/2000, n° 79, p. 10 .

(١٩٩) P.Y. Gautier, Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions , Petites Affiches, 2/21/2000, p. 4, spéci n° 14; P.Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, J.C.P. 2000-I- 236 .

التى تثار فيها فكرة الكتابة وينتهى هذا الفقه من ذلك إلى أن الكتابة بمقتضى التعريف الذى تضمنه نص المادة ١٣١٦ هى فكرة واحدة ، فمادام أن القانون لا يفرض شكلاً خاصًا فى هذه الكتابة ، كتطلب الكتابة بخط اليد بصفة عامة أو جوب كتابة بعض البيانات الإلزامية بخط اليد ، فإن الكتابة المتطلبة لصحة التصرف تكون بالضرورة كتلك المتطلبة كأداة للإثبات (٢٠٠) .

هذا وقد حاول البعض الرد على أنصار المفهوم الموسع للكتابة بالاستناد إلى ما ورد بالأعمال التحضيرية لمشروع القانون رقم ٢٣٠ - ٢٠٠٠ ، وبالتحديد إلى ما ذكره مقرر هذا المشروع من أن تعريف الكتابة الوارد بنص المادة ١٣١٦ «لا يتعلق إلا بالكتابة كأداة للإثبات ويبقى دون أثر بالنسبة للكتابة المتطلبة لصحة التصرف» (٢٠١) .

والواقع أن هذا الاعتراض يبدو غير مقنع فى حصر نطاق الكتابة بتعريفها الوارد بالمادة ١٣١٦ مدنى فرنسى فى مجال الإثبات فقط ، وذلك بالنظر إلى عمومية النص المذكور . هذا بالإضافة إلى أنه إذا كان من الجائز الاستناد إلى ما جاء بالأعمال التحضيرية لتفسير ما قد يكتنف النص من غموض فذلك ليس هو حال النص محل التفسير ، فالنص واضح فيما تضمنه من تعريف للكتابة ولذلك يجب إعطاءه معناه كاملاً دون تخصيص (٢٠٢) .

إذ كان ما سبق يرجح التفسير الموسع للكتابة بمعناها الذى تضمنه نص المادة ١٣١٦ من القانون المدنى الفرنسى ، فإنه ، وبالعودة

---

(٢٠٠) J. Passa, Commerce électronique et protection du consommateur, Le Dalloz 2002, chronique p. 555 et s , spéci . n° 31 .

(٢٠١) أورده :

Trébulle, précité, à la note 21 .

(٢٠٢) J. Passa , précité, n° 32 .

إلى موضوع بحثنا ، لا يوجد إذن ما يحول دون أن تتخذ الكتابة المتطلبة لصحة التصرف - حماية للمستهلك فى الغالب من الحالات - شكل الكتابة الإلكترونية ، وذلك فيما عدا الحالات التى يتطلب فيها المشرع أن تكون هذه الكتابة بخط اليد (٢٠٣) .

هذا وإذا كان التفسير الموسع للكتابة يمكن أن يجد ، على النحو السابق بيانه ، سنداً له فى نص القانون الفرنسى ذاته ، فهو من ناحية أخرى يتفق مع ما تضمنه التوجيه الأوربى بشأن التجارة الإلكترونية (٢٠٤) . فوفقاً لنص المادة التاسعة من هذا التوجيه يجب على الدول الأعضاء العمل على تطوير أنظمتها القانونية بما يشجع على إبرام العقود الإلكترونية ، وأن تعمل بصفة خاصة على إزالة عوائق أنظمتها القانونية التى قد يترتب عليها المساس بصحة هذه العقود وآثارها لمجرد أنها مبرمة بالأسلوب الإلكترونى .

لا شك أن الأخذ بالتفسير المضيق لنص المادة ١٣١٦ من القانون المدنى الفرنسى يتناقض وما يتضمنه التوجيه الأوربى المذكور إذ أن الأخذ بهذا التفسير يستتبع عدم إمكان إبرام الكثير من عقود الإستهلاك التى فرض المشرع الشكل الكتابى لصحتها أو صحة بعض بياناتها ، عبر الطريق الإلكترونى ، ويكون بذلك مخالفاً لمتطلبات التوجيه المشار إليه (٢٠٥) .

---

(٢٠٣) J. Passa, Précité, n° 33 .

(٢٠٤) والمقصود بذلك التوجيه رقم ٢٠٠٠/٣١ الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٨ ، والسابق الإشارة إليه .

(٢٠٥) راجع فى ذلك ، د. محمد منصور ، السابق ص ١٥١ .

وانظر أيضاً :

Gautier, précité n° 15, L. Grynbaum, La directive "Commerce électronique" ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique, J.C.P. 2001-I-307, spéci. n° 7 .

نخلص مما تقدم إذن إلى أن الأخذ بالمفهوم الموسع لنص المادة ١٣١٦ مدنى فرنسى ، وإعتبار تعريفه للكتابة شاملاً لتلك المتطلبة لصحة التصرف بجانب الكتابة كدليل للإثبات ، هو الذى يؤدى إلى إمكان إبرام عقود الاستهلاك - التى يشترط لصحتها ، أو بعض بياناتها الكتابة - من خلال الوسيلة الإلكترونية .

غير أن مثل هذا التفسير يجب ، فى اعتقادنا ، أن يقتصر على الحالات التى يتطلب فيها القانون هذا الشكل الكتابى دون تحديد آخر ، وكذلك إذا ما اشترط القانون أن تكون الكتابة مزيلة بالتوقيع . ففى مثل هذه الحالات لا يوجد ما يحول دون أن تكون الكتابة إلكترونية ، وأن يتخذ التوقيع كذلك الشكل الإلكترونى . فقد أقر المشرع الفرنسى التوقيع الإلكترونى وجعله مساوياً فى حجيته للتوقيع الخطى (٢٠٦) . فالتوقيع فى هذه الحالة أيضاً يمكن أن يكون إلكترونياً . وقد اشترط نص المادة ١٣٦٠ - ٤ فى هذا التوقيع أن يكون عن طريق استخدام وسيلة موثوقة تسمح بالتعرف على هوية صاحبه وتضمن صلته بالتصرف الذى يلحق به (٢٠٧) .

---

(٢٠٦) راجع فى ذلك ، د. حسن عبد الباسط جميعى ، إثبات التصرفات القانونية التى تتم عن طريق الإنترنت ، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص ١١٧ ، د. ثروت عبد الحميد ، التوقيع الإلكترونى ، مكتبة الجلاء المنصورة ٢٠٠١ ص ١٧٧ ، د. نجوى أبو هيبة ، التوقيع الإلكترونى ، دار النهضة (بدون تاريخ) ص ٤٤ .

(٢٠٧) راجع نص المادة المشار إليها هامش رقم (١٩٧) .

وقد عرفت المادة الأولى من المشروع المصرى لقانون تنظيم التوقيع الإلكترونى هذا التوقيع بأنه «ما يوضع على محرر إلكترونى ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع ويميزه من غيره» .

وتجعل المادة الثالثة من هذا المشروع للتوقيع الإلكترونى ذات الحجية التى يتمتع بها التوقيع بمفهومه التقليدى حيث نصت على أنه «يتمتع التوقيع الإلكترونى بذات الحجية المقررة للتوقيعات فى مفهوم قانون الإثبات فى =

فهنا أيضاً ، بشأن هذا التوقيع ، وكما هو الحال بالنسبة للكتابة الإلكترونية ، ليس هناك من مبرر فى قصر تعريف التوقيع الإلكترونى على مجال الإثبات فقط .

فى المقابل إذا اشترط القانون فى الكتابة أن تكون بخط اليد ، أو تطلب أن تكون بعض البيانات الإلزامية التى يجب أن يتضمنها العقد مكتوبة بخط اليد ، أو أن يكون التوقيع بخط اليد ، فإن الكتابة فى مثل هذه الحالات لا يمكن أن تكون إلكترونية ، ولا يمكن بالتالى إبرام العقد من خلال الوسيلة الإلكترونية ، وذلك ما لم يكن هناك تدخل تشريعى يسمح بإبرام العقود المعنية بهذا الطريق ، مع المحافظة على الأهداف الحمائية التى تكمن وراء تطلب البيانات الخطية أو التوقيع الخطى(٢٠٨)، ربما يكون ذلك ، وعلى ما سنرى فيما يلى ، هو ما يتجه إليه الوضع فى القانون الفرنسى .

(ب) الكتابة الإلكترونية وضرورات حماية المستهلك :

ربما يكون الاعتراض الأساسى على صلاحية الكتابة والتوقيع الإلكترونى بديلاً عن الكتابة التقليدية ، فى المجال الذى تتطلب فيه الكتابة كشرط لصحة التصرف ، أو بعض بياناته ، هو أن مثل هذا الحل قد يؤدى إلى الإخلال بضرورات حماية هؤلاء الذين يرغب المشرع ، من خلال الشكل الكتابى ، حماية رضائهم وإعلامهم على نحو كاف بما يبرمون من عقود وحقيقة مضمونها .

- المواد المدنية والتجارية متى تم طبقًا للأوضاع وبالشروط المنصوص عليها فى هذا القانون ولائحته التنفيذية » .

(راجع نصوص هذا المشروع ومذكرته الإيضاحية فى د. حسام لطفى ، الإطار القانونى للمعاملات الإلكترونية سابق الإشارة إليه ، ص ١٩٣ وما بعدها) .

(٢٠٨) راجع فى ذلك :

Passa, précité, spéci. n° 34; Trébulle, précité, p. 14 .

والواقع أن مثل هذا الاعتراض لم يمثل بالنسبة لجانب من الفقه حجة حاسمة فى سبيل استبعاد الكتابة والتوقيع الإلكترونى من مجال عقود الاستهلاك . فوفق هذا الجانب من الفقه لم يدع أحد بأن اشتراط كتابة بعض البيانات بخط اليد ، أو التوقيع بخط اليد ، على دعامة ورقية يكفل بالضرورة أن من قام به قد علم حتماً وعلى نحو كامل بمضمون ونطاق التصرف الذى التزم به . بالإضافة إلى ذلك ، يلاحظ هذا الفقه أن المبالغة فى الشكلية وتعقد البيانات التى تتضمنها الأوراق المكتوبة يجعل منها ، فى الكثير من الحالات ، أداة يصعب السيطرة عليها من هؤلاء الذين توجه لهم مثل هذه الكتابة (٢٠٩) .

ويذهب الفقه المؤيد لصلاحية الكتابة الإلكترونية بديلاً عن الكتابة التقليدية فى حالة اشتراط الكتابة لصحة التصرف ، إلى أن الكتابة الإلكترونية ، والتوقيع الإلكترونى كذلك ، لا يعنى ارتباط دون ترو ، أو ارتباط متسرع من قبل المستهلك . فإبرام العقد إلكترونياً يبدو – وفقاً لهذا الفقه – فى حقيقته عملية تدريجية successive منظمة تؤدى إلى تفادى التوقيع المتسرع إلى أبعد مدى (٢١٠) . فتتابع الضغطات clics على أزرار الكمبيوتر ، والتى يعبر كل منها عن الرغبة فى متابعة عملية إبرام العقد ، وصولاً إلى القبول – وبعد أن يكون قد فرض ، عند الاقتضاء – قراءة شروط التعاقد – يسمح ، بحسب طبيعته ، للمستهلك بإبرام العقد وهو على بينة من أمره ، وكما هو الشأن تماماً فى حالة تطلب توقيع سند مكتوباً بالطريقة الورقية التقليدية . وإذا كان القانون يشترط فقط الكتابة لإعلام المستهلك ، فإن ذلك يمكن تحققه ، بطبيعة الحال ، من خلال استعراض صفحات الشاشة (٢١١) .

---

(٢٠٩) F. Terré, Ph. Similer et Y. Lequette, Droit civil, les obligations, op. cit., n° 254 .

(٢١٠) Trébulle, précité p. 15 .

(٢١١) Passa, précité n° 35 .

إدراكًا من المشرع الأوربى لضرورة حماية المستهلك فى مجال المعاملات الإلكترونية ، فقد أوجب بمقتضى التوجيه الأوربى بشأن التجارة الإلكترونية (٢١٢) فى العقود المبرمة مع المستهلكين على الموجب - والمسمى بمؤدى الخدمة prestataire de service - الإدلاء ببعض البيانات المتعلقة بعملية إبرام العقد منها : الخطوات المختلفة التى يجب اتباعها لإبرام العقد ، وما إذا كان العقد بعد إبرامه يتم حفظه مع إمكان الوصول إليه أم لا ، وكذلك الوسائل الفنية المتاحة لتحديد الأخطاء وتصحيحها قبل إصدار أمر الشراء ، اللغة المقترحة لإبرام العقد (٢١٣) ، كما تضمن هذا التوجيه كذلك تفصيلاً لكيفية تحقق القبول وإبرام العقد (٢١٤) .

---

(٢١٢) سابق الإشارة إليه ، والصادر بتاريخ ٨/٦/٢٠٠٠ .

(٢١٣) المادة ١٠ من التوجيه المذكور ، ويجرى نصها على النحو التالى :

"... 1- Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les états membres veillent à ce que , sauf si les parties qui ne sont pas consommateurs en ont convenu autrement, le prestataire de services fournisse au moins les informations mentionnées ci- après, formulées de manière claire , compréhensible et non équivoque et avant que le destinataire du service ne passe pas sa commande :

a) les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat;

b) si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de service et s'il est accessible ou non;

c) les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée;

d) les langue proposées pour la conclusion du contrat ..." .

(١١٤) المادة ١١ من التوجيه ويجرى نصها على النحو التالى :

"-1. Les états membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que, dans les cas où un destinataire du service passe sa commande par des moyens=

يتضح مما تقدم أنه من غير المؤكد أن الكتابة الإلكترونية ، وحيث يتطلب المشرع الكتابة كشرط لصحة التصرف ، أو بعض بياناته ، تؤدى إلى إضعاف الحماية المقررة للمستهلك ويمكن القول ، بالتالى ، أنه لا يوجد ، من حيث المبدأ ، ما يبرر استبعاد الكتابة الإلكترونية ، والتوقيع الإلكترونى ، فى حالة اشتراط الكتابة كشرط لصحة العقد حماية لمصالح المستهلك .

وعلى ذلك ، وفيما يتعلق بالتعاقد عن بعد ، إذا كان المشرع يفرض على المهنى التزامًا بإعلام المستهلك بعد إبرام العقد من خلال الكتابة أو على دعامة أخرى لها صفة القابلية للاستمرار موجودة تحت تصرفه (٢١٦) ، فإن ذلك يمكن ، بالتأكيد ، تحققه من خلال رسالة إلكترونية توجه إلى صندوق البريد الإلكترونى الخاص بالمستهلك ، أو بعد نقلها فى ذاكرة الكمبيوتر الخاص به . وبالمثل فى الحالات التى يتطلب فيها المشرع ضرورة تضمين العقد جزءاً قابلاً للإنفصال لتمكين المستهلك من ممارسة حق العدول فإن ذلك يمكن استيفاؤه من خلال إرسال مستند إلكترونى يمكن إعادته من خلال الشبكة (٢١٧) .

هذا وإذا كانت الصياغة الحالية لنص المادة ١٣١٦ مدنى فرنسى

= technologiques, les principes suivants s'appliquent :

- Le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique,

- La commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès..." .

(٢١٥) Passa, précité, n° 36 .

(٢١٦) أنظر المادة ل ١٢١– ١٩ من تقنين الاستهلاك وراجع ما سبق ص ٤٦ وما بعدها .

(٢١٧) Passa, précité n° 36 .

وإشارته إلى حكم نقض مدنى فرنسى فى ١٩٩٤/٢/٢ (الهامش رقم ٥٩) .

تؤدى فى نظر الكثير من الفقة – ونؤيده فى ذلك – إلى إمكانية قبول الكتابة الإلكترونية كشرط لصحة التصرف ، فى المجال الذى نحن بصدده هنا ، فقد رأينا ، فيما تقدم أن البعض الآخر من الفقه ينكر هذه الإمكانية . لذلك فقد أراد المشرع الفرنسى أن يحسم هذا الخلاف معلناً التوجه نحو تبنى الرأى الذى يأخذ بالمفهوم الموسع ، الحديث ، للكتابة على نحو ما سبق بيانه .

فاستجابة من المشرع الفرنسى لمقتضيات التوجيه الأوربى بشأن التجارة الإلكترونية ، السابق الإشارة إليه ، تم إعداد مشروع قانون بشأن مجتمع المعلومات société de l'information (٢١٨) وفقاً للمادة ٢٣ منه يقترح استحداث فصل جديد ضمن الباب الثالث من الكتاب الثالث من التقنين المدنى الفرنسى بعنوان «العقود والالتزامات فى الشكل الإلكترونى» (٢١٩) يشمل المواد من ١٣٦٩-١ إلى ١٣٦٩-٥ . بمقتضى هذا المشروع تنص الفقرة الأولى من المادة ١٣٦٩ – ١ على أنه «عندما تكون الكتابة متطلبة لصحة التصرف القانونى فإن هذا التصرف يمكن إعداده وحفظه فى الشكل الإلكترونى وفق الشروط المنصوص عليها فى المواد ١٣١٦ – ١ إلى ١٣١٦ – ٤» (٢٢٠) .

لا شك أنه بهذا النص المقترح يعلن المشرع الفرنسى إنحيازه للرأى السابق بيانه والذى من مؤداه المساواة التامة بين الكتابة بمفهومها

---

(٢١٨) راجع بشأن هذا المشروع :

Passa, précité , n° 37; Grynbaume, précité, spéci p. 600; P. Catala, précité, spéci p. 264 .

(٢١٩) "Des contrats ou obligations sous forme électronique" .

(٢٢٠) ويجرى النص الفرنسى المقترح على النحو التالى :

"Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, celui- ci peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux art. 1316 à 1316- 4 .

التقليدى ، أى الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية ، أو المثبتة على دعامات إلكترونية . والإحالة إلى المادة ١٣١٦ إنما تعنى فى الواقع وحدة مفهوم الكتابة سواء كانت متطلبة للإثبات أم لصحة التصرف (٢٢١) .

بالإضافة إلى ما تقدم فإن نص المادة ١٣٦٩-١ المقترح يتضمن فقرة ثانية تنص على أنه «عندما يشترط فى بيان معين أن يكتب بخط يد الملتزم ، فيمكن لهذا الأخير إتمام هذا البيان من خلال الشكل الإلكترونى إذا توافرت فى ذلك الشروط التى تكفل بطبيعتها أن هذا البيان لا يمكن أن يصدر إلا منه هو» (٢٢٢).

لا شك أن الصياغة التى يتضمنها هذا النص المقترح ، تؤكد فى الواقع التماثل التام بين مفهوم الكتابة المتطلبة للإثبات وتلك المتطلبة للإنعقاد ، ووسائل تحققها .

هذا النص المرتقب من شأنه أن يحسم الخلاف السابق بيانه والتأكيد بالتالى على إمكانية إبرام العقد عن بعد عبر الكتابة الإلكترونية وإن كانت الكتابة متطلبة لصحة التصرف أو بعض بياناته وهو فى ذات الوقت يستجيب لمقتضى التوجيهات الأوربية من ناحية ، وللإعتبارات العملية المتمثلة فى التطور السريع الذى تشهده وسائل الاتصال عن بعد من ناحية أخرى .

إذا كان التنظيم التشريعى للتعاقد عن بعد لم يحل دون إثارة تساؤلات عدة بشأن إبرام العقود التى تتم عبر هذا الطريق على النحو السابق بيانه ، فذات الأمر أيضاً هو ما يمكن ملاحظته بشأن مرحلة تنفيذها . وهذا ما ننتقل لبيانه فى المطلب التالى .

---

(٢٢١) Passa, précité, n° 37 .

(٢٢٢) "Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir que la mention ne peut émaner que de lui- même" .

المطلب الثانى

تنفيذ العقد المبرم عن بعد

أشرنا فيما سلف إلى أن التنظيم التشريعى الخاص بالعقود المبرمة عن بعد لم يحط بكافة الجوانب المتعلقة بتنفيذ هذه العقود رغم أهمية هذه المرحلة فى حياة العقود بصفة عامة ، وتلك المبرمة عن بعد بصفة خاصة .

لإبراز أوجه النقص هذه وما تثيره من تساؤلات ، نقتصر فى هذا الموضع من البحث على تناول تلك الجوانب من مرحلة تنفيذ العقد المبرم عن بعد والتى تعكسها خصوصية هذا النوع من التعامل ، أى دون تناول لتلك التى يخضع فيها هذا العقد للقواعد العامة وإلا أصبح الأمر فى هذه الحالة ترديداً لهذه الأخيرة دون فائدة حقيقية فى مجال ما نحن بصدد بحثه .

فى ضوء هذا التحديد نعرض فيما يلى لتنفيذ المورد لأدائه ، ثم لوفاء العميل بالثمن .

أولاً : تنفيذ المورد لأدائه :

من خلال تتبع نصوص التنظيم التشريعى الخاص بالتعاقد عن بعد ، بالمعنى السابق تحديده ، يمكن ملاحظة أن هذا التنظيم لم يتضمن إلا النادر من الأحكام الخاصة بتنفيذ المورد ، أو المهنى ، للأداء الواقع على عاتقه بمقتضى العقد .

من هذه الأحكام ما تضمنه نص الفقرة الأولى من المادة ل ١٢١-٢٠/٣ من تقنين الإستهلاك .

وفق هذا النص فإنه ، فى حالة عدم وجود اتفاق مخالف يجب على المورد تنفيذ الطلبية خلال مدة ثلاثين يوماً تحسب من اليوم التالى

لذلك الذى نقل فيه المستهلك طلبه لمورد المنتج أو مؤدى الخدمة (٢٢٣) .

هذا النص الجديد ، وفى ضوء ضرورات حماية المستهلك ، يمكن أن يثير بعض الملاحظات .

فهذا النص أولاً قد يفتح باباً للمنازعة بشأن حساب المدة التى يلتزم خلالها المورد بتنفيذ أدائه وذلك بالنظر إلى اللحظة التى يبدأ منها حساب هذه المدة ، وهى اليوم الذى يلى ذلك الذى قام فيه المستهلك بنقل طلبه إلى المورد ، فتحديد بداية المدة على هذا النحو ينقصه الوضوح المطلوب فى هذا المجال .

ومن ناحية أخرى فإن الصفة المكملة لحكم هذا النص يخشى منها على المستهلك وقد تفتح مجالاً للتعسف من قبل المورد ، والذى يمكنه ، إعمالاً لحكم هذا النص ، أن يحدد ميعاداً أخر لتنفيذ أدائه على حساب مصالح المستهلك .

ويلاحظ ثالثاً أن النص محل التعليق لا يتضمن أى جزاء خاص يمكن إعماله فى حالة عدم إتمام التنفيذ خلال مدة الثلاثين يومًا المذكورة .

هذه الملاحظة الأخيرة تستتبع فى الواقع التساؤل عما إذا كان من الجائز أن يطبق بشأن العقد المبرم عن بعد حكم المادة ل ١١٤-١ من تقنين الاستهلاك والتى ينصرف حكمها إلى عقود الاستهلاك بصفة عامة . الفقرة الأولى من هذه المادة تقضى بأنه فى كل عقد يكون محله بيع مال منقول أو أداء خدمة للمستهلك يجب على المهنى ، حينما لا

---

(٢٢٣) ويجرى نص هذه الفقرة على النحو التالى :

"Sauf si les parties en sont convenues autrement, le fournisseur doit exécuter la commande dans le délai de trente jours à compter du jour suivant celui où le consommateur a transmis sa commande au fournisseur du produit ou du service" .

يكون تسليم المال أو أداء الخدمة حالاً ، وإذا كان الثمن المتفق عليه يجاوز المبلغ المحدد لائحيًا ، ذكر التاريخ المحدد الذى يلتزم فيه بتسليم المال أو تنفيذ الأداء محل الخدمة (٢٢٤) .

وفق هذا النص يمكن للمستهلك أن يعدل عن العقد بمقتضى خطاب مسجل بعلم الوصول ، فى حالة تجاوز الميعاد المحدد للتسليم أو أداء الخدمة بسبعة أيام ، وذلك فى غير حالة القوة القاهرة (٢٢٥) . وبالإضافة إلى ذلك ، وفى حالة عدم وجود اتفاق مخالف ، فإن المبالغ المدفوعة مقدمًا من المستهلك تعتبر عربونًا يلتزم المهنى برد ضعفها للمستهلك (٢٢٦) .

بالعودة إلى التساؤل الذى طرحناه فيمكن ملاحظة أن حكم المادة ل ١٢١ - ٣/٢٠ من تقنين الاستهلاك هو حكم خاص بالعقود المبرمة عن بعد يصعب معه القول بإمتداد الحكم العام الذى يتضمنه نص المادة ل ١١٤-١ من ذات التقنين عند مخالفة المهنى لالتزامه بالتنفيذ خلال المدة المحددة بمقتضى نص المادة ١١٤-١ المشار إليه يبدو عديم الجدوى فى جميع الحالات التى لا يتجاوز فيها الثمن الواجب على المستهلك دفعه مبلغ ٥٠٠ يورو .

---

(٢٢٤) ويجرى نص المادة ل ١١٤-١ من تقنين الاستهلاك على النحو التالى :

"Dans tout contrat ayant pour objet la vente d'un bien meuble ou la fourniture d'une prestation de service à un consommateur, le professionnel doit, lorsque la livraison du bien ou la fourniture de la prestation n'est pas immédiate et si le prix convenu excède des seuils fixés par voie réglementaire, indiquer la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien ou à exécuter la prestation"

هذا ويلاحظ ان المبلغ المشار إليه فى هذا النص قد تم تحديده ابتداء من أول يناير ٢٠٠٢ بخمسمائة يورو .

(٢٢٥) أنظر الفقرة الثانية من المادة ل ١١٤-١ .

(٢٢٦) راجع الفقرة الرابعة من المادة المذكورة بالهامش السابق .

الواقع أنه فى مجال تنفيذ العقد المبرم عن بعد من جهة المهنى فالملاحظ أن التنظيم التشريعى الخاص بهذا النوع من التعامل لم يأت محدداً إلا بشأن الحالة التى يتبين فيها عدم توافر السلعة ، أو الخدمة ، المطلوبة من قبل المستهلك .

فى هذه الحالة ووفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ل ١٢١- ٣/٢٠ من تقنين الاستهلاك يجب على المهنى إعلام المستهلك بعدم توافر السلعة أو الخدمة المطلوبة ، ويجب أن يرد له ما قد يكون قد عجله من مقابلها فى أقرب وقت ، وخلال مدة أقصاها ثلاثون يومًا من تاريخ الدفع . وإذا لم يتم رد ما دفعه المستهلك خلال الأجل المحدد فإنه يصبح منتجاً لفائدة وفقاً للمعدل القانونى (٢٢٧) .

هذا ووفقًا لنص الفقرة الثالثة من ذات المادة (ل ١٢١-٣/٢٠) يجوز للمورد فى حالة عدم توافر السلعة أو الخدمة المطلوبة أصلاً من قبل المستهلك ، أن يقدم للأخير سلعة أو خدمة أخرى بجودة وثمن مماثلين ، وذلك بشرط أن تكون هذه الإمكانية قد تم الإشارة إليها قبل إبرام العقد أو وردت ضمن بنوده ، وأن يكون قد تم إعلام المستهلك بها على نحو واضح وبطريقة مفهومة .

وفى هذه الحالة فإن مصاريف إعادة الشئ الناتجة عن ممارسة المستهلك لحقه فى العدول يتحملها المورد وحده ، ويجب إعلام

---

(٢٢٧) ويجرى هذا النص على النحو التالى :

"En cas de défaut d'exécution du contrat par un fournisseur résultant de l'indisponibilité du bien ou du service commandé, le consommateur doit être informé de cette indisponibilité et doit , le cas échéant, pouvoir être remboursé sans délai et au plus tard dans les trente jours du paiement des sommes qu'il a versées. Au- delà de ce terme, ces sommes sont productives d'intérêts au taux légal" .

المستهلك بذلك (٢٢٨) .

إذا كان حكم المادة ل ١٢١-٢٠/٣ ينطوى على ضمانة أساسية لحقوق المستهلك فى مرحلة تنفيذ العقد المبرم عن بعد ، فيبقى أن نشير أن مسألة عدم توافر السلعة أو الخدمة المطلوبة أصلاً لدى المهنى يصعب التحقق منها .

لا شك أنه إزاء ندرة النصوص التى تضمنها التنظيم التشريعى الخاص بالتعاقد عن بعد بشأن تنفيذ ، أو عدم تنفيذ ، المهنى لأدائه ، فلا مفر إذن من البحث فى القواعد القانونية المتوافرة خارج إطار هذا التنظيم لمواجهة ما قد ينشأ من منازعات متعلقة بعدم تنفيذ المورد لأدائه .

ويمكن أن نشير فى هذا الصدد إلى إمكان رجوع المستهلك على المورد الذى أخل بتنفيذ التزامه بدعوى المسئولية العقدية (٢٢٩) وكذلك بدعوى المسئولية عن عيوب المنتجات (٢٣٠) ، ولا شك أنه لدى المستهلك

---

(٢٢٨) Art L. 121 - 20/3 al . 3.

"Toutefois, si la possibilité en a été prévue préalablement à la conclusion du contrat ou dans le contrat, le fournisseur peut fournir un bien ou un service d'une qualité et d'un prix équivalents. Le consommateur est informé de cette possibilité de manière claire et compréhensible. Les frais de retour consécutif à l'exercice du droit de rétractation sont, dans ce cas, à la charge du fournisseur et le consommateur doit en être informé" .

(٢٢٩) المواد ١١٤٦ وما بعدها من التقنين المدنى الفرنسى .

(٢٣٠) المواد ١٣٨٦ - ١ وما بعدها من تقنين الاستهلاك .

وقد تضمن قواعد المسئولية عن عيوب المنتجات القانون رقم ٣٨٩/٩٨ الصادر بتاريخ ١٩ مايو ١٩٩٨ ، وقد أدمجت نصوص هذا القانون فى صلب التقنين المدنى الفرنسى فى المواد من ١٣٨٦-١ حتى ١٣٨٦-١٨. .

أيضاً إمكانية الرجوع على المهنى بدعوى ضمان العيوب الخفية والتى تبدو أهميتها بصفة خاصة فى حالة اكتشاف المستهلك للعيب الذى لحق بالمبيع بعد إنقضاء الفترة التى يمكنه خلالها مباشرة حقه فى العدول (٢٣١) .

هذه الدعاوى وغيرها ، مما توفره القواعد العامة ، تفترض بطبيعة الحال توافر شروط ممارستها .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن بعضاً من هذه الدعاوى يمكن أن ينال التطور من نطاقها وذلك بفعل التوجيهات الأوربية الصادرة بشأنها . من ذلك مثلاً أن دعوى المسئولية لعدم المطابقة l'action en responsabilité pour non conformité ، ودعوى ضمان العيوب الخفية ، يمكن أن تتوحد أحكامهما بفعل التوجيه الأوربى رقم ٤٤/١٩٩٩ الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٥/٢٥ المتعلق ببعض جوانب البيع

- وقد صدر هذا القانون إعمالاً للتوجيه الأوربى رقم ٨٥/ ٣٧٤ الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٧/٢٥ بشأن المسئولية عن فعل المنتجات المعيبة .

راجع فى دراسة تفصيلية لأحكام هذا التوجيه :

Y. Markovits, La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, L.G.D.J. 1990.

وفى دراسة القانون الفرنسى بشأن النظام الجديد لهذه المسئولية راجع :

J.C. Montannier (avec la collaboration de P. Canin) , Les produits défectueux, Responsabilité de droit commun, Régime spécial (L. 19 mai 1998) Assurance, Litec 2000 .

د. محمود السيد عبد المعطى خيال ، المسئولية عن فعل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم ، دار النهضة العربية ١٩٩٨ .

د. حسن عبد الباسط جميعى ، مسئولية المنتج عن الأضرار التى تسببها منتجاته المعيبة ، دراسة مقارنة فى ضوء تطور القضاء الفرنسى وصدور القانون الفرنسى بشأن مسئولية المنتج عن عيوب المبيع فى ١٩ مايو ١٩٩٨ ، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ .

(٢٣١) المادة ١٦٤١ وما بعدها من التقنين المدنى الفرنسى .

وضمان أموال الاستهلاك (٢٣٢) ، فالمادة الثانية من هذا التوجيه تقضى بأن البائع «يلتزم بأن يسلم المستهلك مالاً مطابقاً للعقد» وأن هذا المال يفترض مطابقته للعقد «إذا كان موافقاً للمواصفات المعطاة من قبل البائع» وكذلك « إذا كان صالحًا للاستخدامات التى يخصص لها عادة الأموال التى من نفس النوع» .

فى هذا المجال ايضاً يمكن أن يكون للإتفاقيات الدولية حظًا من التطبيق على العقود التى تخضع لها . ويمكن أن نشير هنا إلى أن اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولى للبضائع تضع على البائع التزامًا بضمان مطابقة البضائع التى يقوم بتسليمها لأحكام العقد (٢٣٣) . وتجعل المادة ٣٦ من هذه الاتفاقية البائع مسئولاً فى مواجهة المشترى فى حالة إخلاله بهذا الضمان . وقد بينت المادة ٣٩ من الاتفاقية كيفية تمسك المشترى بعيب عدم المطابقة ، فوفقاً للفقرة الأولى من هذه المادة يتعين على المشترى إخطار البائع بطبيعة العيب خلال مدة معقولة من اللحظة التى اكتشف فيها العيب ، أو التى كان يجب عليه اكتشافه ، وإلا فقد حقه فى التمسك بعدم المطابقة ، ووفقًا للفقرة الثانية من المادة المشار إليها يفقد المشترى حقه فى التمسك بعيب عدم المطابقة فى جميع الأحوال ، إذا لم يخطر البائع بذلك خلال فترة أقصاها سنتان من تاريخ تسلمه الفعلى للبضائع ، ما لم تكن هذه المدة غير متفقة مع مدة الضمان المحددة بالعقد (٢٣٤) .

تأكد إذن مما تقدم أن عدم تنفيذ المورد لأداثه بمقتضى العقد المبرم

---

(٢٣٢) J.O.C.E. 7/7/1999, n° . L. 171, p. 12 .

(٢٣٣) المادة ٣٥ من الاتفاقية .

راجع ، د. محمد شكرى سرور ، موجز أحكام عقد البيع الدولى للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا ، سابق الإشارة إليه خاصة ص ١٣٧ - ١٣٨ .

(٢٣٤) راجع ، د. محمد شكرى سرور ، السابق ص ١٤٣ .

عن بعد لم يعالجه التنظيم التشريعى الخاص بهذا العقد إلا فى أضيق الحدود ، وعلى نحو لا يسمح بمواجهة كل ما قد يثار بشأن عدم التنفيذ بخصوص هذا العقد . لذلك فإن ما يثار بشأن عدم التنفيذ مما لم يتناوله التنظيم الخاص اقتضى الرجوع إلى القواعد العامة حتى يتسنى من خلال أحكامها سد فراغ التنظيم التشريعى الخاص . هذا مع ضرورة مراعاة ما قد تقتضيه العقود المبرمة عن بعد وعند اتصافها بالصفة الدولية من إعمال لقواعد القانون الدولى الخاص والاتفاقات الدولية المعمول بها .

ثانيًا : وفاء العميل بالثمن :

رأينا فيما تقدم مدى محدودية القواعد التى تضمنها التنظيم الخاص بالتعاقد عن بعد فيما يتعلق بتنفيذ المورد لأدائه . ونتناول هنا كيفية معالجة المشرع من خلال هذا التنظيم لتنفيذ العميل لالتزاماته .

الواقع أن ما يجب التوقف عنده فيما يتعلق بتنفيذ العميل للعقد المبرم عن بعد هو التزامه بالوفاء بالثمن ، ويرجع ذلك بصفة أساسية إلى خصوصية التعاقد عن بعد من حيث كيفية إبرامه وكيفية تنفيذ العميل لالتزامه المذكور ، وبصفة خاصة فى حالة الوفاء عن بعد من خلال استخدام البطاقات المصرفية .

الملاحظ فى هذا الخصوص أن الوفاء عن بعد من خلال البطاقات المصرفية يثير مخاوف كل من طرفى الوفاء : المورد والعميل . هذه المخاوف تعتبر فى الواقع العائق الأساسى فى سبيل تطور المعاملات الإلكترونية التى تتم عبر شبكة الإنترنت (٢٣٥) ، فالمورد يخشى من جانبه ألا يكون الوفاء حقيقياً ، والعميل ، أو المستهلك ، يخشى اختراق

---

(٢٣٥) راجع فى ذلك :

Ph. Le Tourneau, Théorie et pratique des contrats informatiques, Dalloz, 2000, p. 139 .

سرية البيانات الخاصة به والمنقولة عبر الشبكة ، وكذلك الاستخدام غير المشروع من قبل الغير لوسيلة الوفاء .

على المستوى الأوربى يلاحظ أن التوجيه الأوربى رقم ٩٧-٧ المتعلق بحماية المستهلكين فى مجال التعاقد عن بعد (٢٣٦) قد اكتفى فى المادة الثامنة منه - وبشأن المخاوف المثارة فى مجال الوفاء عن بعد من خلال البطاقات المصرفية - بالنص على وجوب قيام الدول الأعضاء باتخاذ الإجراءات المناسبة لتمكين المستهلك من طلب إبطال الوفاء فى حالة الاستخدام غير المشروع لبطاقته ، وتمكينه من استرداد المبالغ التى تم دفعها من ماله دون وجه حق أو إعادتها إلى رصيده (٢٣٧) . وهذا أيضًا ما حرص على النص عليه التوجيه الأوربى الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٩ بشأن تسويق الخدمات المالية عن بعد لدى المستهلكين (٢٣٨) . أما التوجيه الأوربى رقم ٣١-٢٠٠٠ المتعلق بالتجارة الإلكترونية (٢٣٩) فهو لم يشر أصلاً لما نحن بصدده .

أما على مستوى القانون الفرنسى فإذا كانت الرغبة فى تأمين سلامة نقل المعلومات عبر الوسائل الإلكترونية قد أدت إلى إصدار

---

(٢٣٦) سابق الإشارة إليه .

(٢٣٧) ورد نص المادة الثامنة من التوجيه المذكور تحت عنوان "Paiement par carte" ونصت على ما يلى :

"Les états membres veillent à ce que des mesures appropriées existent pour que le consommateur :

- puisse demander l'annulation d'un paiement en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte de paiement dans le cadre de contrats à distance couverts par la présente directive,

- en cas d'utilisation frauduleuse, soit recrédité des sommes versées en paiement ou se les voir restituées" .

(٢٣٨) سابق الإشارة إليه .

(٢٣٩) سابق الإشارة إليه .

بعض النصوص القانونية المحققة لذلك (٢٤٠) فإنها فى الواقع لم تتضمن استجابة تامة لمقتضيات المادة الثامنة من التوجية الأوربى رقم٩٧- ٧ ، سابق الإشارة إليها والملاحظ كذلك أن المرسوم التشريعى الفرنسى رقم ٢٠٠١- ٧٤١ ، بشأن التعاقد عن بعد الذى صدر إعمالاً لهذا التوجيه ، لم يتضمن ما يلبى مقتضيات المادة المذكورة .

الاستجابة لمقتضيات المادة الثامنة من التوجيه الأوربى رقم ٩٧-٧ جاءت ، بصفة جزئية ، ضمن التقنين رقم ١٠٦٢ - ٢٠٠١ بشأن السلامة اليومية sécurité quotidienne (٢٤١) . فقد أدى هذا القانون إلى تعديل بالتقنين المالى والنقدى بإضافة مادة جديدة إليه برقم ل ١٣٢-٤ اشتملت على الأحكام الآتية :

لا تنعقد مسئولية صاحب البطاقة المصرفية إذا كان الدفع المنازع فيه قد تم بطريقة غير مشروعة ، عن بعد ، ودون الاستخدام المادى لبطاقته .

كما لا تنعقد مسئوليته كذلك فى حالة تقليد بطاقته ، متى كان حائزاً للبطاقة فى لحظة إتمام العملية المنازع فيها .

وفى الحالتين ، إذا نازع حامل البطاقة كتابة فى قيامه بدفع أو سحب ، فإن المبالغ المنازع فيها تعاد إلى رصيده بمعرفة مُصدِر البطاقة ، أو يتعين ردها إليه ، دون مصروفات خلال مدة شهر من

---

(٢٤٠) ونشير فى ذلك بصفة خاصة إلى ما تضمنته النصوص المتعلقة بالتشفير cryptologie والواردة ضمن القانونين ٩٠- ١١٧٠ بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٢٩) ورقم ٩٦- ٦٥٩ (بتاريخ ١٩٩٦/٧/٢٦) بشأن تنظيم الاتصالات عن بعد . ويقصد بالتشفير فى هذا المجال كتابة المعلومات فى شكل رموز غير مفهومة للغير (د. حسام لطفى ، استخدام وسائل الإتصال الحديثة فى التفاوض على العقود وإبرامها فى القانون الوضعى المصرى والفرنسى ، ١٩٩٤ فى ٣٥ ، وكذلك ، الإطار القانونى للمعاملات الإلكترونية ، سابق الإشارة إليه ص ٧٧) .

(٢٤١) J.O. 16/11/2001, p. 18215; D. 2001 p. 3400 .

تاريخ تلقى المنازعة (٢٤٢) .

لا شك أن هذا النص سيجد حتمًا مجالاً لإعماله بشأن تنفيذ العقود المبرمة عن بعد ، سواء تلك التى تدخل فى نطاق التنظيم التشريعى الخاص ، الذى تضمنه المرسوم رقم ٢٠٠١- ٧٤١ ، أو غيرها .

ولا ريب كذلك فى أن الأحكام التى تضمنها النص الجديد المشار إليه تبعث على الطمأنينة لدى كل من المورد والعميل . فمن ناحية المورد ، فإنه وفقًا لهذه الأحكام لا يتحمل شيئًا فى حالة الاستخدام غير المشروع من قبل الغير للبطاقة المصرفية إذ أن المصرف المُصدِر للبطاقة هو الذى عليه فى هذه الحالة إعادة المبالغ المنازع فيها إلى رصيد العميل . ومن ناحية العميل فهو لا يتحمل أى مسئولية فى حالة الاستخدام غير المشروع عن بعد لبطاقته المصرفية ، إلا أنه يمكنه استرداد المبالغ التى ينازع فى قيامه بالوفاء بها .

---

(٢٤٢) ويجرى النص الفرنسى للمادة المذكورة على النحو التالى :

"La responsabilité du titulaire d'une carte mentionnée à l'article L. 132-1 n'est pas engagée si le paiement contesté a été effectué frauduleusement, à distance, sans utilisation physique de sa carte .

De même , sa responsabilité n'est pas engagée en cas de contrefaçon de sa carte au sens de l'article L. 163- 4 et si, au moment de l'opération contestée il était en possession physique de sa carte .

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, si le titulaire de la carte conteste par écrit avoir effectué un paiement ou un retrait , les sommes contestées lui sont recréditées sur son compte par l'émetteur de la carte ou restituées, sans frais, au plus tard dans le délai d'un mois à compter de la réception de la contestation " .

راجع فيما تضمنه هذا النص من أحكام وإنعكاساته على التعاقد عن بعد :

J. Passa. Commerce électronique et protection du consommateur, précité , spéci. n° 25 .

على الرغم من ذلك فلا يمكن الإدعاء بأن الأحكام السابقة قد أنهت كافة الصعوبات والمخاوف التى يثيرها الدفع عبر الوسائل الإلكترونية . فيبقى فى هذا المجال صعوبة إثبات الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع ، وكذلك إحتمالات سوء النية والغش من قبل العميل ، هذا بالإضافة إلى التبعات التى تتحملها المصارف من جراء مثل الأحكام السابق بيانها ، التى جعلت على عاتقها ، فى نهاية الأمر ، نتائج الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع .

الواقع ، وكما أشرنا فيما تقدم ، أن الوفاء الإلكترونى فى العقود المبرمة عن بعد ، يعد أبرز المشكلات المتعلقة بتنفيذ هذه العقود ، والتى تعد العائق الأساسى فى سبيل تطور التجارة الإلكترونية بصفة عامة ، ومرجع ذلك بصفة خاصة للمخاطر المرتبطة بهذا الوفاء .

التغلب على هذه المخاطر لا يمكن ، فى حقيقة الأمر تحقيقه إلا من خلال حلول تقنية تكون هى الوسيلة لتحقق الأمان القانونى المنشود فى هذا المجال .

وقد تم بالفعل ابتكار عدة وسائل فنية ، فى هذا المجال ، بقصد تأمين الوفاء الإلكترونى (٢٤٣) من ذلك ابتكار أنظمة الوفاء التى تقوم على إيجاد وسيط للوفاء يمكن من خلاله تفادى تداول البيانات على شبكة الإنترنت ، حيث يقوم هذا الوسيط بإدارة عملية الوفاء لحساب العملاء والموردين وتسوية ما ينشأ عن التصرفات المبرمة بينهم من ديون وحقوق . لكن رغم ما تحمله هذه الطريقة من تقليل لمخاطر الوفاء

---

(٢٤٣) راجع فى تفاصيل هذه الوسائل وتعددها ، د. رأفت رضوان السابق ص ٤٧ وما بعدها ، وانظر أيضاً د. محمد منصور ، السابق ص ١٥٦ وما بعدها ، د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، السابق ص ٩٩ هامش رقم (١٦٣) .

C. Lucas de Leyssac, Le paiement en ligne, J.C.P. 2001-I-302; I . Pottier, Le commerce électronique sur internet, précité; M. Trochu, Protection des consommateurs en matière de contrats à distance, précité .

الإلكتروني فقد أخذ عليها أنها لا تساعد على تطوير التجارة الإلكترونية حيث أن تدخل وسيط بين المتعاقدين يعد أمراً غير مرغوب سواء من جانب المورد أو من جانب عملائه (٢٤٤) .

ولذلك بدأ التفكير فى استخدم طريقة جديدة تقوم على تجميع وحدات للقيمة فى أداة مستقلة عن الحسابات المصرفية ، منها حافظة النقود الإلكترونية porte monnaie électronique ، وحافظة النقود الافتراضية porte monnaie virtuel ، والتى يتم شحنها مقدماً برصيد مالى ، ويتم تسجيله فى بطاقة خاصة فى حالة حافظة النقود الإلكترونية ، أو على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر الخاص بالعميل مستخدم الشبكة فى حالة حافظة النقود الإفتراضية (٢٤٥) ، ويمكن للعميل الذى يرغب فى التعامل بهذه النقود أن يحصل من أحد البنوك أو أحد المؤسسات الوسيطة على ترخيص يسمح له باستعمال هذه النقود السائلة الإلكترونية L'argent liquide électronique (e- cach) بالمقابل الذى يتفق عليه . ويكون لهذا العميل مفتاحًا عاماً وآخر خاصاً يمكنه من خلالهما تأمين معاملاته والتأكد من تحققها .

لا شك أن الهدف من هذه التقنية هو تفادى اختراق البيانات التى يتم تداولها عبر شبكة الإنترنت والتغلب على إمكان استخدامها غير المشروع من قبل الغير على نحو يضر بأطراف التعامل عبر هذه الوسيلة . ذلك أنه بمقتضى هذه التقنية يصبح لوحدات القيمة الإلكترونية ذاتية مستقلة حيث يمكن نقلها من محفظة إلكترونية إلى أخرى على نحو يؤدى إلى الوفاء من قبل المدين بمجرد نقل هذه الرموز الإلكترونية . ويمكن لمتلقى هذا الوفاء على حافظة إلكترونية أن

---

(٢٤٤) د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، السابق ذات الموضع .

(٢٤٥) المرجع المذكور بالهامش السابق ذات الموضع .

يقـوم بتحـويل هذه الـنقود الإلـكترونية إلى نقـود حقـيقـية مـن خلال المصرف المُصدِر لها .

علـى الرغـم مما تحـقـقـه هـذه الوسـيلـة من تـقلـيل لمخاطـر الوفـاء الإلكترونـى ، مقارنة بغيـرها ، فالملاحظ هـو مـحـدودية اسـتخدامـها ، بل إن بعض الفقه يشـكك فى إمكانية انتشـارها مسـتقبلاً (٢٤٦) ، يرجع ذلك بصفـة أسـاسـيـة إلى : العمـولات الـكبيرة التـى تفرضـهـا البنوك المتعـاملة بهذا النظام مقابـل تحويل النقود الإلكترونية إلى نقود حقـيقية . كما أن تطـور نظـام الـنـقـد الإلكـتـرونى يـنطـوى علـى تهـديـد لإحـتكـار البـنوك المركـزية عـملـية إصـدار النـقود . ويـرى البـعـض أن عـدم إمكـانيـة تتـبع العمليات التى تتم من خلال النقود الإلكترونية يخشى منه إزدياد فرص التهرب الضـريبى وربما يفتح باباً جديداً لعمليات غسيل الأموال (٢٤٧) . هـذا بالإضـافة إلى أن اسـتخدام الـنقود الإلكـتـرونية لا يـخلو من مـخـاطر فنية تتمـثـل فى إمكـانيـة تعطل القـرص الصـلب Hard disk وضـيـاع ما علـيـه من مـبـالـغ نـقـدية إلـكتـرونـيـة ، وكـذلك المـشـاكـل النـاتجـة مـن «استنساخ» العمـلات الإلكـترونية (٢٤٨) .

من خلال هـذه اللمـحـة السريعة عن بعض المحاولات الفـنية لتأمين الوفاء الإلكترونى فى مـجال التعاقد عن بعد يتأكد فى الواقع أنه إذا كانت قـواعد التـنظيـم الـخاص بهـذا النـوع من التـعامـل ، وكذلـك القـواعـد ذات الصلة المتواجدة خارج نطاق هـذا التنظيم ، لم تتضـمن حلولاً تبعث على الثقـة والطمأنـينة التامـة فى مثل هـذا النوع من الوفـاء ، فإن ذلك يشـير

---

(246) Lucas de Leyssac, précité, spéci. p. 482 .

(٢٤٧) راجع فى ذلك بصفة خاصة ، د. رأفت رضوان ، السابق ص ٦٥ وما بعدها ، و Lucas de Leyssac ، السابق ذات الموضع .

(٢٤٨) د. رأفت رضـوان ، السـابق ص ٦٦ .

إلى ضرورة بقاء الحوار مستمراً بين رجال القانون والتقنية [٢٤٩] بغية التوصل إلى حلول يمكنها التغلب على ما يثيره الوفاء الإلكترونى من مخاوف ، على نحو يؤدى إلى إزالة عائق أساسى من عوائق التجارة الإلكترونية باعتبارها أبرز التطبيقات المعاصرة للتعاقد عن بعد .

---

(٢٤٩) فى ضرورة هذا الحوار فى مجال توفير عوامل الأمان للتوقيع الإلكترونى راجع ، د. حسام لطفى ، الإطار القانونى للمعاملات الإلكترونية ، السابق ص٧٨ .

خاتمــة

إذا كان التعاقد عن بعد ظاهرة قديمة فقد لاحظنا ، من خلال صفحات هذه الدراسة ، أن هذا النوع من التعامل اكتسب ، في الوقت الحالي ، أبعاداً جديدة ، أضافت إلى إشكاليته التقليدية ، المتمثلة في التساؤل عن زمان ومكان إنعقاده ، إشكاليات وتحديات أخرى تتفق ومستجدات العصر . هذه الأبعاد الجديدة يكمن وراءها بصفة أساسية التقدم التكنولوجي وما أدى إليه من ثورة معلوماتية ، وما تبعها من ثورة في الاتصالات ووسائلها .

إدراكًا من المشرع الفرنسي لهذه الحقائق كان اهتمامه بتنظيم التعاقد عن بعد ، وكان اهتمامنا بالتالي بدراسة هذه التجربة التشريعية لنقف على أبعاد المسألة من خلال تجربة لها أهميتها أولاً من حيث أنها جاءت خلاصة لتجربة جزئية سابقة عليها ، وثانياً من حيث أنها كانت تجسيداً للتوجيهات الأوربية الصادرة في هذا الشأن والتي حثت الدول أعضاء الاتحاد الأوربي على تنظيم موضوع التعاقد عن بعد باعتبار أن ذلك يساعد على إزالة عائق أساسي من عوائق التجارة الإلكترونية ، باعتبارها تطبيق من تطبيقات هذا النوع من التعامل .

من خلال قراءة هذه التجربة تبين لنا أن التنظيم التشريعي الخاص بالتعاقد عن بعد قد حدد نطاقه على نحو أدى إلى بقاء صور أخرى من صور التعاقد عن بعد بعيداً عن متناول هذا النطاق . فقد لاحظنا أن هذا التنظيم ، والذي أدمجت نصوصه في صلب تقنين الإستهلاك ، إنما جاء لتحقيق هدف أساسي هو حماية المستهلك المتعاقد عن بعد . وهنا في الواقع ، ورغم مشروعية الهدف المنوه به وضرورته ، ظهر عدم عموم وشمول التنظيم التشريعي ، فقد تحدد نطاق هذا التنظيم بالعقود المبرمة عن بعد بين المستهلك والمهني ، مما جعل العقود المبرمة عن بعد بين المهنيين خارج إطار هذا التنظيم ، وكذلك

العقـود المبرمة بين المسـتهلكين أنفسـهم ، هذا بالإضـافة إلـى عدم تناول هذا التنظيم للعقود المبرمة عن بعد والتى تكتسب الصـفة الدولية .

وذلك ما قادنا إلى تناول موضـوع الدراسة أولاً من خلال النظر إليه من داخـل التـنظيـم التشـريعى الخـاص بـه ، وثانيًا من خـارج إطـار هـذا التنظيم .

ويمكننا فى ختام هذه الدراسة إجمال أهم نقاطها فيما يلى :

● من نـاحية النظر إلى التعـاقد عن بـعد مـن داخل إطار التنظيم التشريعى

رأينا أن المشـرع الفـرنسى أهتم بصـفة أسـاسية بـحماية المستـهلك المتعـاقد عن بعد ، وإذا كانـت نصـوص التنظيم الخـاص بالتعاقـد عن بعد قد أدمـجت فى صـلب تقنـين الاستـهلاك فـقد كـان لذلك دلالتـه وآثاره . فـمن حيث الدلالة فقد جـاءت نصـوص هـذا التنـظيم فـى سيـاق الموجـه الأسـاسى لهـذا التقـنين وهـى حماية المستـهلـك . ومن حيث الآثار فقـد تجلت فـى وسـائل الحـمـاية التـى كرسـهـا هـذا التـنظـيم ، مـع مـراعـاة خصوصيات التعاقد عن بعد .

من حيث وسـائل الحماية فقد تمـثلت فى الالتزام بإعلام المسـتهلك المتعـاقد عن بعـد من ناحية ، وتمـكينه من العـدول عن العقد الـذى أبرمه من ناحية أخرى .

● من ناحية الالتزام بالإعلام فالملاحظ أنه ليس بجديد على المشرع الفرنسى فى مجال حـماية المستهلك ، ولكن بشأن التعـاقد عن بعد فقد راعى المشرع خصـوصـيات هذا النوع من التعامل فيمـا أوجبه من التزام المهنى بإعلام المستهلك فى هذا المجال . وقد ظهر ذلك بصفة خاصة فيما يتعلق بمضـمـون الإعلام السابق على إبرام العـقد ، حيث جـاء متوافـقاً مع طـريقـة إبرام العـقـد ، فلم يـكتف المشـرع بتـقـرير الالتـزام بالإعـلام الواقع علـى عاتق كل مـهنى بإعلام المستهلـك المتعاقـد معه ، بـل أضـاف

إلى مضمون الإعلام معلومات أخرى إضافية ، تراعى خصوصية التعاقد المعنى . لكن المشرع فى هذا المجال لم يقتصر على تقرير حق المستهلك فى الإعلام السابق على إبرام العقد ، بل أضاف جديداً ، يتفق وخصوصيات التعاقد عن بعد ، يتمثل فى الالتزام بالإعلام اللاحق لإبرام العقد ، وذلك بإلزام المهنى بأن يؤكد ، فى هذه المرحلة ، معلومات سبق له الإدلاء بها للمستهلك ، والإدلاء بمعلومات أخرى جديدة تتناسب وكون العقد قد سبق إبرامه . وبالنظر إلى التطور التكنولوجى فقد حرص المشرع على تناول الدعامة التى يمكن تثبت عليها المعلومات المتعين الإدلاء بها للمستهلك ، فساوى فى هذا الشأن بين الدعامة الورقية ، وأى دعامة أخرى لها صفة الاستمرارية موجودة تحت تصرف المستهلك . ومن حيث الجزاء الخاص بالإخلال بهذا الالتزام فقد جاء كذلك متوافقًا مع هدفه ، حيث جعل هذا الجزاء متمثلاً فى امتداد المهلة التى يكون فيها للمستهلك ممارسة الحق فى العدول ، لتكون بصفة مبدئية ، ثلاثة أشهر بدلاً من سبعة أيام .

● أما بشأن حق المستهلك فى العدول عن العقد الذى أبرمه ، فهذا أيضًا ليس بجديد فى مجال حماية المستهلك ، غير أن تكريسه فى مجال التعاقد عن بعد يبدو أكثر إلحاحاً مقارنة بغيره من المجالات ، وذلك بالنظر أيضاً لخصوصية هذا التعاقد ، والذى لا يتمكن فيها المستهلك من رؤية حقيقية لما يتعاقد عليه أو التحقق من خصائصه .

وقد حرص المشرع بشأن هذا الحق على ضبط إطاره بما يحقق غرضه ، ويضمن فعاليته . فالمدة التى للمستهلك أن يمارس فيها العدول مدة معقولة ، هى سبعة أيام كاملة – وإن كنا قد فضلنا أن تكون سبعة أيام عمل – تمتد إلى ثلاثة أشهر على سبيل مجازاة المهنى فى حالة إخلاله بالتزامه بالإعلام اللاحق لإبرام العقد . ولضمان فعالية هذا الحق فقد قرره المشرع للمستهلك دون حاجة إلى إبداء أسباب مبررة لاستعمال هذا الحق ، ودون تحمل أية جزاءات أو مصروفات فيما

عدا تلك اللازمة لإرجاع المنتج أو السلعة . وحماية للمستهلك كذلك فقد قضى المشرع بأن ممارسة الحق فى العدول من قبله تؤدى إلى إنهاء عقد القرض المبرم تمويلاً للعقد الذى عدل عنه ، مع إلزام المهنى برد المبالغ التى قد يكون دفعها المستهلك خلال مدة معينة ، وإلا تحمل الفوائد المقررة قانوناً .

● أما من ناحية النظر إلى التعاقد عن بعد من خارج إطار التنظيم التشريعي الخاص ، فقد تناولناه من حيث إبرام العقد ومن حيث تنفيذه .

● وفيما يتعلق بإبرام التعاقد عن بعد ، فقد رأينا أن هذا النوع من التعامل ، ونظراً لتطور وسائل الاتصال عن بعد ، قد أعاد طرح الإشكالية التقليدية المتعلقة بزمان ومكان انعقاد العقد فى حالة إبرامه عن بعد ، بالإضافة إلى التساؤل عن كيفية استيفاء الشكل الذى قد يتطلبه القانون لصحة العقد ، أو بعض بياناته ، فى حالة إبرامه عن بعد .

بخصوص المسألة الأولى فقد لاحظنا أن التنظيم التشريعى الخاص بالتعاقد عن بعد جاء خلواً من تحديد مسألة زمان ومكان انعقاد العقد . ومن هنا كانت ضرورة التوجه نحو القواعد العامة ، وكذلك القواعد الخاصة ببعض صور التعاقد ذات الصلة .

فمن ناحية الزمان ، ونظراً لخلو التقنين المدنى الفرنسى من حكم فى هذا الشأن ، رأينا أن محكمة النقض الفرنسية انتهت إلى اعتماد لحظة تصدير القبول فى تحديد زمان ومكان انعقاد العقد . غير أن هذا الحل المبدئى لم يمنع من وجود بعض صور التعاقد عن بعد التى يمكن أن يؤدى إعمال القواعد الخاصة بها إلى تحديد لحظة أخرى ينعقد فيها العقد . من ذلك حالة التعاقد من خلال التليفون أو أى وسيلة مشابهة ، حيث انتهينا إلى أن اللحظة المقررة فى هذه الحالة هى لحظة قبول

المستهلك لتأكيد الإيجاب من قبل المهنى . وفى حالة الإبرام عبر وسيلة إلكترونية ، فإنه إعمالاً للتوجيه الأوربى فى هذا الخصوص ، سينتهى الأمر إلى اعتماد لحظة أخرى ، هى لحظة تصدير تأكيد القبول من قبل المستهلك . وإذا ما اتخذ العقد المبرم عن بعد الصفة الدولية ، وتوافرت شروط إعمال اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولى للبضائع ، تكون لحظة إبرام العقد هى لحظة تسلم القبول .

أما من ناحية مكان انعقاد العقد ، فقد رأينا أن النظرية السائدة هى نظرية التلازم بين مكان الانعقاد وزمانه . وبالرغم من ذلك فقد لاحظنا اتجاهاً فقهياً يرى عدم ضرورة مثل هذا التلازم ، مادام أنه ينطوى على جانب من الحيلة القانونية ، على نحو يمكن أن يؤدى إلى إمكان إبرام العقد فى لحظة معينة ، بينما يكون مكان انعقاده فى غير المكان الذى يعتبر أنه قد أبرم فيه زمنياً .

وبالعودة إلى أحكام القانون الفرنسى فقد لاحظنا أن هناك ضوابط معينة ، ذات مصادر قانونية مختلفة ، يمكن على هديها تحديد مكان الانعقاد فى حالة التعاقد عن بعد ، سواء فيما يتعلق بالعقود المبرمة داخل إقليم الدولة ، أم كان التعاقد عابراً للحدود . ورأينا أن مجمل هذه الضوابط يتجه إلى تركيز العقد المبرم عن بعد ، من الناحية المكانية ، فى محل إقامة المستهلك عندما يكون طرفاً فى العقد ، وذلك بخلاف العقود الأخرى التى تبرم بين المهنيين ، أو بين المستهلكين وبعضهم ، حيث يؤخذ فى الاعتبار مبدأ الحرية التعاقدية ، أو ضابط محل إقامة المدعى عليه .

أما بخصوص الشكلية التى قد يتطلبها القانون لصحة العقد ، أو بعض بياناته ، بهدف حماية المستهلك ، فكان تساؤلنا عن مدى إمكان استيفاء هذه الشكلية فى حالة التعاقد عن بعد وبصفة خاصة عن طريق الدعامات الإلكترونية .

وقد رأينا أن الإجابة على هذا التساؤل فى ظل القانون الفرنسى ، الذى سبق له اعتماد الكتابة الإلكترونية ، والتوقيع الإلكترونى ، تقتضى أولاً معرفة ما إذا كانت الكتابة بمفهومها الحديث ، الذى يشمل الكتابة التقليدية أو الورقية ، والكتابة الإلكترونية ، تقتصر على تلك المتطلبة للإثبات – حيث جاءت الكتابة بمفهومها الحديث ضمن نصوص الإثبات التى يتضمنها التقنين المدنى الفرنسى – أم ينصرف كذلك إلى الكتابة المتطلبة لصحة العقد أو بعض بياناته ، وتقتضى ثانية معرفة ما إذا كانت الكتابة الإلكترونية تتوافق وضرورات حماية المستهلك .

وخلصنا فى الإجابة على الشق الأول من التساؤل المطروح إلى أن الكتابة بمفهومها الموسع الحديث تشمل الكتابة المتطلبة للإثبات وتلك المتطلبة لصحة التصرف . وانتهينا إلى أنه لا يوجد ما يحول دون أن تتخذ الكتابة المتطلبة لصحة التصرف شكل الكتابة الإلكترونية ، وإمكانية أن يكون التوقيع كذلك إلكترونياً ، وذلك فيما عدا الحالات التى يتطلب فيها القانون أن تكون الكتابة بخط اليد ، أو تطلب أن يكون التوقيع يدوياً . فى مثل هذه الحالات الأخيرة لا يمكن أن تكون الكتابة إلكترونية ، ولا يمكن بالتالى إبرام العقد عن بعد بوسيلة إلكترونية ، إلا بتدخل تشريعى يجيز ذلك .

أما بشأن الشق الثانى من التساؤل ، فقد رأينا أنه من غير المؤكد أن الكتابة الإلكترونية تؤدى إلى إضعاف الحماية المقررة للمستهلك ، ولا يوجد من حيث المبدأ ما يبرر استبعاد الكتابة الإلكترونية ، أو التوقيع الإلكترونى ، فى حالة اشتراط الكتابة لصحة العقد ، أو بعض بياناته ، بقصد حماية المستهلك .

وهذا فى الواقع ما أكده توجه المشرع الفرنسى من خلال المشروع القائم الآن والذى يتضمن اقتراحاً بإضافة نصوص جديدة إلى التقنين المدنى الفرنسى ، تتعلق بالعقود المبرمة فى الشكل الإلكترونى ، من

بينها نص الفقرة الأولى من المادة ١٣٦٩ -١ والذى يقضى بأنه «عندما تكون الكتابة متطلبة لصحة التصرف القانونى ، فإن هذا التصرف يمكن إعداده وضبطه فى الشكل الإلكترونى » . كما أن الفقرة الثانية من هذا النص المقترح تضيف أنه «عندما يشترط فى بيان معين أن يكتب بخط يد الملتزم ، فيمكن لهذا الأخير إتمام هذا البيان من خلال الشكل الإلكترونى ....» .

بهذا النص المقترح يرغب المشرع الفرنسى فى حسم كل خلاف حول إمكانية إبرام العقد عن بعد عبر الكتابة لإلكترونية إذا ما كانت هذه الكتابة متطلبة لصحة التصرف ، أو بعض بياناته ، بل وكذلك إذا كان متطلباً فى بيان معين أن يكون بخط يد الملتزم ، فيمكن أيضاً أن يتم ذلك فى الشكل الإلكترونى .

● إذا كان التعاقد عن بعد قد أثار التساؤلات والملاحظات السابقة فيما يتعلق بإبرامه ، فإن تساؤلات وملاحظات أخرى ، لا تقل أهمية ، يثيرها هذا التعاقد فيما يتعلق بمرحلة تنفيذه .

فقد لاحظنا فيما يتعلق بتنفيذ المورد لأدائه ندرة الأحكام التى تضمنها التنظيم التشريعى الخاص فى هذا الخصوص ، الأمر الذى اقتضى ضرورة الاستعانة بالقواعد العامة بشأن تنفيذ العقد ، سواء ما تعلق منها بدعوى المسئولية العقدية أم دعوى المسئولية عن عيوب المنتجات ، أم بدعوى ضمان العيوب الخفية . وقد تبين لنا أن بعضاً من هذه الدعوى قد يلحقه تعديل أو تطوير قريب ، بفعل ما صدر بشأنه من توجيهات أوربية . وأشرنا فى هذا الشأن إلى الاتجاه نحو توحيد أحكام دعوى عدم المطابقة ودعوى ضمان العيوب الخفية .

ومن ناحية وفاء العميل بالثمن ، وهو الالتزام الأساسى الذى يقع على عاتقه ، فقد انصب اهتمامنا على المخاوف والإشكالات التى يثيرها الوفاء عن بعد من خلال بطاقات الوفاء المصرفية سواء من ناحية المورد

أم من ناحية العميل ، والتى تعتبر فى الواقع عائقًا أساسياً فى سبيل تطوير التجارة الإلكترونية ، باعتبارها أبرز الصور المعاصرة للتعاقد عن بعد .

وقد تبين لنا فى هذا الصدد أن تدخل المشرع الفرنسى بقصد حماية صاحب البطاقة المصرفية فى حالة الاستخدام غير المشرع لبطاقة الدفع الخاصة به ، وحماية المورد كذلك ، وذلك من خلال تحميل المصرف المُصدر للبطاقة فى هذه الحالة ، لم يحقق النتيجة المرجوة وهى إنهاء الصعوبات والمخاوف التى يثيرها الدفع من خلال الوسائل الإلكترونية ، حيث بقيت صعوبات إثبات الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع ، وإحتمالات سوء النية والغش من قبل العميل ، بالإضافة إلى التبعات المالية التى تتحملها المصارف فى نهاية الأمر وفى حلة ثبوت الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع .

لذلك رأينا أن التغلب على المخاوف المثارة فى هذا المجال لا يمكن تحقيقه إلا من خلال حلول تقنية تكون هى وسيلة تحقيق الأمان القانونى المنشود . وأشرنا فى هذا الصدد إلى بعض من هذه المحاولات التقنية والتى تبرز ضرورة بقاء الحوار والتعاون مستمراً بين ما هو قانونى وما هو تقنى بغية التوصل إلى الحلول الملاءمة فى هذا المجال والتى يصعب على القانون وحده الإتيان بها .

وبالجملة يمكن القول أن التنظيم التشريعى الخاص بالتعاقد عن بعد فى القانون الفرنسى قد حقق إلى حد بعيد هدفاً أساسياً من أهدافه هو حماية المستهلك المتعاقد عن بعد ، غير أن الملاحظ أن استحواذ – إن جاز لنا هذا التعبير – هذا الهدف ، المشروع ، على جُل الجهد التشريعى فى هذا المجال ، أدى إلى قصور هذا التنظيم عن الإحاطة بكافة صور التعاقد عنن بعد والكثير من الإشكاليات التى يطرحها . لذا لم يكن هناك مفر من التوجه إلى خارج هذا التنظيم صوب القواعد العامة ، أو القواعد الخاصة ببعض صور التعاقد ذات الصلة بالتعاقد

عن بعد ، للبحث عن إجابات لما تطرحه الصور الأخرى للتعاقد عن بعد من تساؤلات . وهنا فى الواقع لاحظنا مدى تعقد النظام القانونى للتعاقد عن بعد ، والناتج من ناحية عن تعدد القواعد المنظمة للمسائل المتشابهة ، بل واختلافها أحيانًا ، وعن تنوع مصادر هذه القواعد من ناحية أخرى .

لكن الحق أن التجربة الفرنسية فى تنظيم التعاقد عن بعد - وأياً كانت ملاحظاتنا عليها - كانت فى اعتقادنا جديرة بالتأمل ، سواء من ناحية أهدافها ، أم من ناحية استجابتها لواقع عملى وتقنى أفضى إلى ضرورة التصدى القانونى لظاهرة قديمة أضفت عليها التقنيات الحديثة أبعاداً جديدة .

هذا وإذا كانت ممارسة هذا النوع من التعامل بدأت تأخذ طريقها إلى واقعنا المصرى فإن ذلك يدعونا إلى تنبيه المشرع لدينا لضرورة تنظيم التعاقد عن بعد تحقيقاً للحماية المشروعة والواجبة للمستهلك المتعامل فى هذا المجال من ناحية ، وملاحقة للتطورات التقنية وانتشار وسائل الاتصال الحديثة والتوسع فى استخدامها من ناحية أخرى . غير أنه - وكما لاحظنا من خلال قراءة التجربة الفرنسية فى هذا المجال - لبلوغ مثل هذا التنظيم المأمول أهدافه لابد من تهيئة البيئة القانونية المناسبة لإعداده والمتمثلة ، فى اعتقادنا ، فى التشريعات الخاصة بحماية المستهلك من ناحية ، وتلك المتعلقة بالمعلوماتية ووسائل الاتصال الحديثة وانعكاساتها القانونية سواء على إبرام العقد أو تنفيذه أو إثباته من ناحية أخرى . وربما يكون فيما يعد الآن من قانون خاص بشأن اعتماد الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكترونى مناسبة للتعجيل بالنظر فى تنظيم التعاقد عن بعد .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية:

- أحمد السعيد الزقرد : حق المشترى فى إعادة النظر فى عقود البيع بواسطة التليفزيون ، مجلة الحقوق – جامعة الكويت ، السنة ١٩ العدد ٣ ، سبتمبر ١٩٩٥ ص ١٧٩ وما بعدها .
- أحمد شرف الدين : نظرية الالتزام ، الجزء الأول مصادر الالتزام ، الكتاب الأول المصادر الإرادية (العقد – الإرادة المنفردة) ٢٠٠٣ .
- أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولى ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ – ٢٠٠١ .
- أحمد محمد الرفاعى : الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدى ، دار النهضة العربية ١٩٩٤ .
- أسامة أبو الحسن مجاهد : خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ، نظمته كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات فى الفترة من ١ : ٣ مايو ٢٠٠٠ .
- السيد عمران : حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، منشأة المعارف ١٩٧٦ .
- السيد عمران : الالتزام بالإخبار ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٩ .
- ثروت عبد الحميد : التوقيع الإلكترونى ، مكتبة الجلاء ، المنصورة ٢٠٠١ .
- جابر عبد الهادى الشافعى : مجلس العقد فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠١ .

- حسام الأهواني : إثبات عقود التجارة الإلكترونية ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون وتحديات المستقبل في العالم العربي ، نظمته كلية الحقوق – جامعة الكويت في الفترة من ٢٥ – ٢٧ أكتوبر ١٩٩٧ .
- حسن عبد الباسط جميعي : حماية المستهلك ، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الإستهلاك ، القاهرة ١٩٩٦ .
- حسن عبد الباسط جميعي : مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة ، دراسة مقارنة في ضوء تطور القضاء الفرنسي وصدور القانون الفرنسي بشأن مسئولية المنتج عن عيوب المبيع في ١٩ مايو ١٩٩٨ ، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ .
- حسن عبد الباسط جميعي : إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ .
- حفيظة الحداد : الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠٠٣ .
- حفيظة الحداد : الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني ، الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠٠٣ .
- حمدي عبد الرحمن : فكرة القانون ، بحث في تعريف القانون وأهدافه وأساسه ، دار الفكر العربي ١٩٧٨ .
- خالد جمال أحمد حسن : الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ١٩٩٦ .
- رأفت رضوان : عالم التجارة الإلكترونية ، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، القاهرة ١٩٩٩ .

- رامى محمد علوان : التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكترونى ، مجلة الحقوق – جامعة الكويت ، العدد الرابع ٢٠٠٢ ص ٢٢٩ وما بعدها .
- رمضان أبو السعود : النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر – ٢٠٠٢ .
- سعيد سعد عبد السلام : الالتزام بالإفصاح فى العقود ، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ .
- سليمان مرقس ومحمد على إمام : عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد ، ١٩٥٢ .
- سهير منتصر : الالتزام بالتبصير ، دار النهضة العربية (بدون تاريخ) .
- صلاح الدين زكى : تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ١٩٦٣ .
- طرح البحور على حسن فرج : تدويل العقد ، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والموقعة فى روما ١٩ مايو ١٩٨٠ ، تقديم هشام صادق منشأة المعارف ٢٠٠٠ .
- عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام وفقًا للقانون الكويتى (دراسة مقارنة) الجزء الأول مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) المجلد الأول ، نظرية الالتزام – تحليل العقد ، باعتناء محمد الألفى ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٢ .
- عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد (١) المجلد الأول نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبى الحقوقية ، بيروت ٢٠٠٠ .

- عبد المنعم فرج الصدة : نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت ١٩٧٤ .
- فريد عبد المعز فرج : التعاقد بالإنترنت ، مجلة البحوث الفقهية والقانونية ، تصدرها كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر (فرع دمنهور) العدد ١٨ ، الجزء الأول ٢٠٠٣ ص ٤٧١ وما بعدها .
- محسن عبد الحميد البيه : النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، مكتبة الجلاء المنصورة (بدون تاريخ) .
- محمد السعيد رشدى : التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة ، مع التركيز على البيع بواسطة التليفزيون ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٨ .
- محمد السيد عرفة : التجارة الدولية الإلكترونية عبر الإنترنت : مفهومها والقواعد القانونية التى تحكمها ، ومدى حجية المخرجات فى الإثبات ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ، نظمته كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة فى الفترة من ١ : ٣ مايو ٢٠٠٠ .
- محمد حسام لطفى : عقود خدمات المعلومات ، دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى ، القاهرة ١٩٩٤ .
- محمد حسام لطفى : استخدام وسائل الاتصال الحديثة فى التفاوض على العقود وإبرامها فى القانون الوضعى المصرى والفرنسى ، القاهرة ١٩٩٥ .
- محمد حسام محمود لطفى : الإطار القانونى للمعاملات الإلكترونية ، القاهرة ٢٠٠٢ .
- محمد حسين منصور : المسئولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٣ .

- محمد شكرى سرور : موجز أحكام عقد البيع الدولى للبضائع وفقًا لإتفاقية فيينا ١٩٨٠ ، مجلة الحقوق - جامعة الكويت ، العدد ٣ ، ١٩٩٤ ص ١١٧ وما بعدها .
- محمود السيد عبد المعطى خيال : المسئولية عن فعل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم ، دار النهضة العربية ١٩٩٨ .
- مصطفى الجمال : السعى إلى التعاقد فى القانون المقارن ، منشورات الحلبى الحقوقية ، بيروت ٢٠٠١ .
- ممدوح محمد خيرى هاشم المسلمى : مشكلات البيع الإلكترونى عن طريق الإنترنت ، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ .
- نبيل سعد : نحو قانون خاص بالائتمان ، منشأة المعارف ١٩٩١ .
- نبيل سعد : النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ٢٠٠١ .
- نجوى أبو هيبه : التوقيع الإلكترونى ، دار النهضة العربية (بدون تاريخ)
- نزيه المهدى : الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود ، دراسة فقهية وقضائية مقارنة ، دار النهضة العربية ١٩٩٠ .
- يزيد أنيس نصير : الارتباط بين الإيجاب والقبول فى القانون الأردنى والمقارن ، مجلة الحقوق - جامعة الكويت ، العدد ٣ ، سبتمبر ٢٠٠٣ ص ٦٧ وما بعدها .

ثانياً: باللغة الفرنسية:

- **Baillod (R.)** : Le droit de repentir, R.T.D. civ., 1984 p. 227 et s .
- **Bénabent (A.)** : Droit civil, Les contrats spéciaux, 2^{e}éd. Montchrestien, 1995 .
- **Bernardeau (A.)** : Droit communautaire et protection des consommateurs, J.C.P., 2000 - I- 218 .
- **Bernardeau (L.)** : Le droit de rétractation du consommateur un pas vers une doctrine d'ensemble, A propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, J.C.P., 2000, Doctrine - I- 218 .
- **Bouchurbery (L.)** :internet et commerce électronique, 2^{e}éd. Delmas- Dalloz 2001 .
- **Boyer (L.)** : La clause de dédit, in Mélange P. Raynaud, 1985 p. 55 et s .
- **Boyer (Y.)** : L'obligation de renseignement dans la formation du contrat, thèse Aix - Marseille, PAUM, 1978 .
- **Bruneau (C.)** : Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale, J.C.P., 2000 - I - 304 .
- **Calais - Auloy (J.)** : Les cinq réformes qui rendent le crédit moins dangereux pour les consommateurs, D. 1975, chronique, p. 19 et s .
- **Calais - Auloy (J.)** : L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, R.T.D. civ. 1994 p. 239 et s .

- **Calais - Auloy (J.) et Steinmetz (F.)**
: Droit de la consommation, Précis Dalloz, 5eéd . 2000 .
- **Carillon (A.)** : Les origines de la vente par correspondance, éd. syndicat de la VPC, 1984 .
- **Catala (P.)** : L'engagement électronique de l'entreprise, R. des sociétés, 2001, p. 258 et s .
- **Cathelineau (A.)**
: De la nation de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive, contrats-concurrence - consommation, 1999, chronique, n° 13 .
- **Chazal (P)** : Le consommateur existe - t- il? D. 1997, chronique p. 260 .
- **Christianos (V.)**
: Conseil, mode d'emploi et mise en garde en matière de vente de meubles corporels, Thèse Paris - II - 1985 .
- **Collart Dutilleul (F.) et Delebecque (Ph.)**
: Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz, 1991 .
- **Cornu (G.)** : Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français, in travaux de l'ass. H. Capitant 1975, p. 131 et s .
Delebecque (Ph.) et Pansier (F.J.)
: Droit des obligations, Responsabilité civile- Contrat, 2eéd. Litec, 1998.
- **Demolin (M.)** : La notion de "support durable" dans les contrats à distance : Une conterfaçon de l' écrit, R. européenne de droit de la consommation, 2000, p. 361 .

- **Fabre - Magnan (M.)**
De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie , L.G.D.J., 1992.

- **Feral - Schuhal (C.)**
Cyberdroit : L'internet à l'épreuve du droit, 3eéd. Dalloz 2002 .

- **Ferrier (D.)** : Droit de la distribution, 2eéd. Litec 2000 .
- **Flour (J.) et Aubert (J.L.)**
: Les obligations, 1 . L'acte juridique, 8eéd. A. colin , 1998.
- **Franck (J.)** : Transposition de la directive n° 97- 7 relative aux contrats à distance par l'ordonnance du 23 août 2001, Une transposition expéditive et critiquable, cah. dr. de l'entreprise, n° 3, 2/5/2002, p. 20 et s .
- **Gautier (P.Y.)** : Le bouleversement du droit de la preuve : Vers un mode alternatif de conclusion des conventions, Petites Affiches, 7/2/2000, p. 4 et s .
- **Gautier (P.Y.) et Linant de Bellefonds (X.)**
: De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, J.C.P., 2000 - I- 236 .
- **Gautier (V,)** : Le contrat électronique international , Bruylant 2eéd. 2002 .
- **Ghestin (J.)** : Traité des contrats, La vente, par, Ghestin et Desché (B.), L.G.D.J, 1990 .
- **Ghestin (J.)** : Traité de droit civil, La formation du contrat, 3 eéd. L.G.D.J. 1993 .

- **Grynbaum (L.)** :La directive "Commerce électronique" ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique, J.C.P. 2001 - I - 307 .

- **Guerriero (M.A.)** : L'acte juridique solennel, L.G.D.J., 1975 .

- **Huet (J.)** : La problématique juridique du commerce électronique, R. Jurisprudence commerciale, n° 1, 2001, p. 17 et s .

- **Huet (J.)** : Elements de réflexion sur le droit de la consommation , Petites Affiches, 8/11/2001, p. 1 et s .

- **Jourdain (P.)** : Le devoir de "se renseigner", D. 1983, chronique, p. 141 et s .

- **Karimi (A.)** : Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, L.G.D.J., 2001 .

- **Larroumet (Ch.)** : Droit civil , T. 3 les obligations, le contrat, 3éd. économisa, 1996 .

- **Le Tourneau (Ph.)** : Théorie et pratique des contrats informatiques, Dalloz, 2000 .

- **Linant de Bellefonds (X.)** : Commerce électronique, La problématique française, G.P. 1998- II - Doctrine, p. 1335 et s .

- **Lucas de Leyssac (C.)** : Le paiement en ligne, J.C.P., 2001- I- 302 .

- **Mareau (F.)** : La protection du consommateur dans les contrats à distance, Petites Affiches, 20/3/2002, p. 1 .

- **Markovits (Y.)** : La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, L.G.D.J., 1990 .
- **Mestre (J.)** : Des notions de consommateur , R.T.D. civ. 1989, p. 62 .
- **Mestre (J.)** : La protection jurisprudentielle de la faculté de rétractation souvent ouverte au consommateur, R.T.D. civ. 1989, p. 65 et s .
- **Montannier (J.C.) avec La collaboration de P. Canin** : Les produits défectueux, Responsabilité de droit commun, Régime spécial (L. 19 mai 1998) , Assurance, Litec, 2000.
- **Paisant (G.)** :Essai sur la notion de consommateur, J.C.P. 1993- I- 3655 .
- **Paisant (G.)** : Note sous cour de communautés européennes 22/11/2001, J.C.P., 2002-II - 10047 .
- **Paisant (G.)** : À la recherche du consommateur, Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct", J.C.P., 2003-I-121 .
- **Passa (J.)** : Commerce électronique et protection du consommateur , Le Dalloz, 2002, Doctrine p. 555 et s .
- **pizzio (J.P.)** : Un apport législatif en matière de protection du consommateur, La loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile, R.T.D. civ., 1986, p. 66 et s .
- **pizzio (J.P.)** : Code de la consommation (commenté par ...) éd. Montchrestien, 1995 .

- **Pottier (I.)** : Le commerce électronique sur internet, G.P. 1996- I- Doctrine, p. 298 et s .
- **Raynaud (G.)** : Obs. sur cass. civ. 10/7/1996, Contrats -Concurrence - Consommation, 1996 commentaire, p. 157 .
- **Retterer (S.)** : Le Télé- Achat : Un contrat de vente à distance au regard du droit communautaire in contrats-concurrence - consommation, Hors série, éd. Juris - classeur, Décembre 2000, Droit de la consommation, 10 ans de jurisprudence, 1990- 2000, p. 303 .
- **Rondey (C.)** : Le consommateur est une personne physique, Le Dalloz, 2002 , p. 90 et s .
- **Sauphanor (N.)** : L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, L.G.D.J. 2000 .
- **Sinay - Cytermann (A.)** :Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J. 1996, p. 241 et s .
- **Starck (B.)** : Droit civil, Obligations, 2 contrat, 3^eéd. par H. Roland et L. Boyer, Litec. 1989 .
- **Stoffel - Munck (P.)** : L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, L.G.D.J., 2000 .
- **Terré (F.) Similer (Ph.) et Lequette (Y.)** : Droit civil, les obligations, Précis Dalloz, 7^eéd. 1999 .

- **Trébulle (F.G.)**
: La réforme du droit de la preuve et le formalisme, Petites Affiches, 20/4/2000, p. 10 et s .
- **Trochu (M.)** : Protection des consommateurs en matière de contrats à distance : Directive n° 97- 7 CE du 20 mai 1997, Recueil Dalloz, 1999, chronique p. 179 et s .
- **Vivant (M.)** : Les contrats du commerce électronique, Litec 1999 .
- **Werry (E.) et Verbiest (T.)**
: Le cadre juridique du commerce électronique après l'ordonnance du 23 août 2001 et le projet de loi sur la société de l'information, Cahier Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Bulletin d'actualité n° 140, octobre 2001, p. 1 et s .
: Le droit de repentir, R.T.D. civ., 1984 p. 227 et s .

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة

المبحث الأول

التعاقد عن بعد فى إطار التنظيم الخاص

المبحث الثانى

التعاقد عن بعد من خارج إطار التنظيم الخاص

الكرنك للكمبيوتر
ت : ٤٨٧٢٧١١

الاتجار فى البشر

بين

الاقتصاد الخفى والاقتصاد الرسمى

دكتورة

سوزى عدلى ناشد

مدرس الاقتصاد والمالية العامة

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

٢٠٠٤

مقدمة

١- التعايش بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي :

يقسم الاقتصاديون الاقتصاد القومى إلى اقتصاد رسمى ظاهر، واقتصاد غير رسمى خفى.

ويمثل الاقتصاد الرسمى كافة الانشطة الاقتصادية الظاهرة التى تدرج ايراداتها فى حسابات الناتج القومى الاجمالى ، والتى يتخذ على اساسها كافة القرارات ، وترسم على ضوئها السياسات الاقتصادية والنقدية فى الدولة . فهو، إذاً، يمثل انشطة قانونية معلنة ويفترض بصددها توفر عنصر المشروعية .

أما الاقتصاد الخفى [1] فهو يمثل الانشطة الاقتصادية غير الظاهرة التى يمارسها الافراد داخل الاقتصاد ، وتحقق دخولا وايرادات لاصحابها لا يتم ادراجها، ، كلياً أو جزئياً ، فى حسابات الناتج القومى الاجمالى ، ومن ثم يصعب الوصول إلى ارقام حقيقية عن حجمها أو مقدارها . ولا يشترط أن يتم ممارسة هذه الانشطة كليا فى الخفاء : فهناك انشطة يمارسها الافراد ، ويتم جزء منها فى الاقتصاد الرسمى ومن ثم يتم ادراجها فى حسابات الناتج القومى ،

---

(١) تعددت التسميات التى تطلق على هذا النوع من الاقتصاد ، الاقتصاد الخفى Hidden economy ، الاقتصاد غير الرسمى Informal economy ، الاقتصاد الاسود Black economy ، اقتصاد سفلى Underground economy، الاقتصاد غير المنظور Unobserved economy ، اقتصاد الظل Shadow economy ، الاقتصاد غير المرئى Invisible economy . وجميعها مصطلحات تدل على مدى خطورة هذا النوع من الاقتصاد على الاقتصاد القومى.

ومع ذلك لا ينتفى عنها وصف الاقتصاد الخفى نظرا لممارسة الجزء الباقى منها فى الخفاء . وبتعبير آخر ، يتم توظيف الايرادات المتحصلة من الانشطة الرسمية فى النشاط الخفى ، وبالتالى فلا تسجل القيمة المضافة المترتبة عليها ضمن حسابات الناتج القومى . مثال ذلك أن يتم انتاج مواد نصف مصنوعة ، كالآلات والمعدات ، فى الاقتصاد الرسمى ثم يتم استخدامها فى انتاج ضمن انشطة الاقتصاد الخفى .

وتتمثل خطورة هذا النوع من الاقتصاد فى تأثيره على حسابات الدولة وخططها المستقبلية ، إذ انه لا يقدم صورة واضحة ودقيقة عن إجمالى حسابات الدولة فيما يتعلق بالدخل القومى وحسابات معدلات البطالة والنمو الاقتصادى والتضخم ومستوى الازدهار أو الركود الاقتصادى وغيرها من الحسابات والمعدلات الهامة . ويؤدى كل ذلك فى النهاية ، وبالنظر إلى كونها انشطة غير معلنة بصورة رسمية ، إلى وقوع اخطاء كبيرة فى تقدير السياسات الاقتصادية والنقدية والمالية المتبعة على المستوى القومى. [١]

ويتعايش الاقتصاد الخفى جنبا إلى جنب مع الاقتصاد الرسمى[٢]. ولا نغالى إذا قلنا أن كلاهما يمثل نسيجا واحداً ،

---

(١) د. صفوت عبد السلام - الاقتصاد السرى - دار النهضة العربية - سنة ٢٠٠٢ ، ص ٦ وكذلك د.سعيد عبد الخالق محمود - غسيل الأموال والاقتصاد الخفى - كتاب الاهرام الاقتصادى - العدد ١٤٠ - أول سبتمبر ١٩٩٩ ص ٥ .

(٢) تشير الاحصائيات أن حجم الاقتصاد السرى فى مصر يستوعب ٨,٢ مليون عامل وينتج ٤٠% من الناتج المحلى مما دفع وزارة المالية بدعم من الحكومة نحو السعى إلى تحويل هذا النشاط إلى الاقتصاد الرسمى جريدة المساء - العدد ١٧٠٦٥ - السنة الثامنة والاربعون - ١٩ يناير ٢٠٠٤ - الصفحة الأولى.

يصعب الفصل بينهما ، فى داخل الاقتصاد القومى . فكل فرد ، فى داخل الاقتصاد ، يشارك ، بصورة أو بأخرى ، بعلم أو بدون علم ، فى انشطة الاقتصاد الخفى هروبا من تدنى مستويات الدخول خاصة فى الدول الفقيرة .

وبالرغم من عدم اتفاق الاقتصاديين على وضع تعريف محدد ومنضبط للاقتصاد الخفى، فإنهم جميعا متفقون على آثاره الاقتصادية الخطيرة على المستوى القومى .

٢- مدي التلازم بين الاقتصاد الخفي والأنشطة غير المشروعة :

ويسود الاعتقاد بأن هناك تلازما بين الاقتصاد الخفى وممارسة انشطة غير مشروعة يؤثمها القانون واللوائح والقرارات الادارية ، أى انه ناتج عن ممارسة جريمة منظمة وفقا لقواعد القانون الجنائى ومن ثم يخضع من يمارسها للعقوبات الجنائية والادارية . الا أن هذا الاعتقاد لا يعد صحيحا فى جميع الاحوال: فقد يتمثل الاقتصاد الخفى فى ممارسة انشطة مشروعة من الناحية القانونية، لكنها ليست كذلك من الناحية الاقتصادية بالنظر إلى آثارها الاقتصادية الخطيرة ، وبالتالى تأثيرها السلبى على الاقتصاد الرسمى .

ومن أمثلة الانشطة غير المشروعة [١] من الناحية القانونية ومن ثم الاقتصادية ، التى تمارس داخل الاقتصاد الخفى ، انتاج

---

(١) د حمدى عبد العظيم - غسيل الاموال فى مصر والعالم سنة ١٩٩٧ ، ص ٦ ، ص ٧

المخدرات والاتجار بها ، انشطة البغاء أو الدعارة أو شبكات الرقيق الابيض أو ما يسمى بالاتجار فى البشر، انشطة التهريب الجمركى ، انشطة السوق السوداء وتحويل العملة ، الرشوة والفساد الادارى ، الدخول الناتجة عن التهرب الضريبى ، ممارسة الانشطة السياسية غير المشروعة مثل انشطة الجاسوسية الدولية، الاقتراض من البنوك المحلية بدون ضمانات كافية وتحويل الاموال للخارج ، تزييف العملة والشيكات المصرفية ، المضاربة غير المشروعة فى الاوراق المالية التى تقوم على الاحتيال وخداع المتعاملين فى البورصات العالمية ..

أما الانشطة المشروعة فى الاقتصاد الخفى فتتمثل فى ممارسة انشطة انتاجية مشروعة فى قطاعات الزراعة والصناعة والتجارة والمواصلات ... دون الابلاغ أو الاعلان عنها . كذلك ممارسة أنشطة هامشية مثل الباعة الجائلين وخدم المنازل وعمل النسوة والاطفال فى الحقول . وهذه الانشطة ، وإن كانت مشروعة من الناحية القانونية ، ليست كذلك من الناحية الاقتصادية بالنظر إلى آثارها السلبية الخطيرة على الاقتصاد القومى .

وهناك من يمارس نشاطا مشروعا وخفيا فى ذات الوقت . وهؤلاء هم من يقتطعون من الوقت المخصص للنشاط الرسمى لمصلحة مباشرة النشاط الخفى . ويحصلون ، بالتالى ، على دخل من النشاط الرسمى يتسم بالانخفاض والثبات فضلا عن انخفاض انتاجيتهم فى العمل، بينما يحقق لهم النشاط الخفى دخولا مرتفعة ، بعيدا عن رقابة السلطات الحكومية والرسمية، تساعدهم على رفع

مستوى معيشتهم . والدليل على ذلك أن إنفاق طبقة اصحاب الدخول المحدودة والمتوسطة عادة ما يتجاوز حدود الدخل المعلن أو المسجل لهذه الطبقة .

أضف إلى ذلك أن بعض دخول الاقتصاد الخفي تحقق مكاسب كبيرة على حساب إجمالى حجم الدخل القومى : فعادة ما يكون أداء الاعمال الاضافية، لمن يعمل فى أكثر من وظيفة ، على حساب الاعمال الرسمية ، فتقل ساعات العمل الفعلية الرسمية مما يؤدى إلى انخفاض الدخل القومى . وقد يكون لذلك آثار ايجابية فيما يختص بتوزيع الدخول الشخصية القابلة للتصرف والمدفوعات التحويلية ، إلا انه يساهم ، مع ذلك ، فى زيادة درجة عدم العدالة فى التوزيع[١].

ويرى البعض أن للاقتصاد الخفى آثارا اجتماعية واقتصادية ايجابية تتمثل فى الآتى: رفع مستوى معيشة من يمارسون هذه الانشطة ، ومن ثم محاربة البطالة وخلق فرص عمل جديدة ، وكذلك توفير قدر اضافى من السلع والمنتجات المعروضة مما يؤدى إلى نوع من استقرار الاسعار المحلية ومن ثم زيادة معدلات الدخل والادخار .

لكن مثل هذه الايجابيات هى فى ذاتها ، وفى نفس الوقت ، سلبيات لها انعكاساتها الخطيرة على الاقتصاد الرسمى كما سيجئ البيان.

أضف إلى ذلك الآثار الاجتماعية حيث تصعد الفئات الدنيا

---

(١) د. حمدى عبد العظيم – مرجع سابق – ص ١٢ .

من المجتمع، والتى تحصل على دخول غير مشروعة خفية ، إلى اعلى درجات السلم الاجتماعى بسبب ارتفاع الدخل وما يرتبط به من تصرفات استهلاكية ونفوذ اقتصادى أو سياسى فى بعض المجتمعات النامية . وفى نفس الوقت يضعف المركز الاجتماعى النسبى للفئات المتوسطة والتى تقبل على الاعمال الدنيا ، التى لا تتناسب مع التأهيل العلمى أو الاسرى لهم ، من أجل الحصول على دخول مرتفعة لمواجهة غلاء المعيشة الذى يصاحب نمو الاقتصاد الخفى . وهو ما يؤدى فى النهاية إلى سوء وخلل فى توزيع الموارد البشرية على قطاعات النشاط الاقتصادى ، بالاضافة إلى تراجع القيمة الاجتماعية للتعليم والثقافة وزيادة نسبة التسرب من التعليم وارتفاع معدل الامية بدلا من انخفاضه[1] .

٣- تعريف الاقتصاد الخفي :

وبناء على ما تقدم فإنه يمكن تعريف الاقتصاد الخفى بأنه **مجموع الانشطة الاقتصادية التى يمارسها الاشخاص الطبيعيون والاعتباريون ولا يعلن عنها ولا تدرج دخولها فى حسابات الناتج القومى سواء كانت هذه الانشطة مشروعة أو غير مشروعة من الناحية القانونية ، وإن كانت فى جملتها غير مشروعة من الناحية الاقتصادية بالنظر إلى نتائجها وآثارها الاقتصادية الخطيرة وتأثيرها على السياسات الاقتصادية والنقدية والمالية للدولة .**

وعليه فالاقتصاد الخفى لا يقتصر على نظام اقتصادى معين.

---

(١) د. حمدى عبد العظيم – مرجع سابق – ص ١٢ .

إذ يوجد فى الاقتصاد الرأسمالى شأن وجوده فى الاقتصاد الاشتراكى ، وكذلك فى الدول المتقدمة والنامية على حد سواء ، وإن كان يبدو أكثر خطورة وأهمية فى الحجم وأكثر تزايدا فى مكوناته فى الدول النامية التى تعانى العديد من المشاكل والتداعيات الاقتصادية المتشابكة .

٤- تقسيم :

ولعل ابرز انشطة الاقتصاد الخفى ، التى سنكرس لها هذا البحث، هى الاتجار فى البشر باعتباره اسوء صورة للانشطة غير المشروعة بالنظر إلى أن الانسان ، الذى كرمه الله فى جميع الاديان، هو موضوع هذه التجارة .

وسنحاول فى هذا البحث عرض ظاهرة الاتجار فى البشر من حيث مظهرها الخارجى ، ومن حيث إنعكاساتها السلبية على اقتصاديات الدول .

وعليه سيتم توزيع هذا البحث على مبحثين كالتالى :

المبحث الأول : ونرصده للمظهر الخارجى للاتجار فى البشر .

المبحث الثانى : ونفرده للإنعكاسات الاقتصادية لهذه الظاهرة.

المبحث الأول

المظاهر الخارجية للاتجار فى البشر

==========

٥- مفهوم الاتجار فى البشر Trafficking in persons, or Human trafficking

يعد الاتجار فى البشر نوعا من العبودية الحديثة modern - day slavery. وهى فى واقع الامر جريمة ضد الانسان ذاته وامتهان لكرامته وآدميته بصورة تفوق كونها جريمة ضد الدولة والمجتمع .

وتدخل جريمة الاتجار فى البشر ضمن مفهوم الجريمة المنظمة[١] ، organized crime حيث تقوم بها عصابات احترفت الاجرام وجعلت الجريمة محور ومجال نشاطها الذى تمارسه، ومصدر دخلها واجرها الذى تتقاضاه . فهذه العصابات تمارس انشطتها الاجرامية كعمل ووظيفة ومهنة ، تهدف من ورائها إلى توليد تدفقات نقدية ضخمة وسريعة الحركة تقبل التنقل عبر وسائط متعددة ومختلفة، بعضها تقليدى والآخر مبتدع وإن كان فى النهاية مخالفا للقانون والعرف والاخلاق. ويمثل الاتجار فى البشر ثالث

---

(١) لمزيد من التفاصيل انظر د. محسن احمد الخضرى – غسيل الأموال "الظاهرة – الأسباب – العلاج" – مجموعة النيل العربية – سنة ٢٠٠٣ – ص ٣١ : ص ٣٣ .
وكذلك د. هدى قشقوش – جريمة غسيل الأموال فى نطاق التعاون الدولى – دار النهضة العربية – سنة ٢٠٠٣ – ص ٩ .

والسلاح guns حيث يحصد من وراءها بلايين الدولارات سنويا[١]. ففى تايلند ، على سبيل المثال ، تمثل عائدات الدعارة من ١٠ إلى ١٤% من اجمالى الناتج المحلى [٢] . وفى اليابان تحقق هذه التجارة ٤٠٠ مليون دولار سنويا ، أى ما يعادل ٤ ترليون ين يابانى [٣] .

والاتجار فى البشر جريمة ذات طبيعة خاصة باعتبار أن موضوعها سلعة متحركة ومتجددة هى فئة خاصة من البشر يعانون من الفقر الشديد والبطالة وعدم الامان الاجتماعى ، وهم فى الغالب الاعم من الحالات من النساء والاطفال . ومن ثم فإن لهذه الجريمة آثارا اقتصادية واجتماعية واخلاقية مدمرة .

وسوق هذه السلعة يتعدى الحدود الاقليمية للدول ، فهى بمثابة تجارة عبر الدول : فهناك دول عارضه لهذه السلع ،أى الدول المصدرة ، وهى عادة دول فقيرة اقتصاديا ، وتعانى من مشكلات اجتماعية واقتصادية واخلاقية متخلفة عن المشكلة الأم وهى مشكلة الفقر .

ويوضح الجدول التالى [٤] بعض المناطق العارضة لهذه السلعة وحجم المعروض منها، مع الاخذ فى الاعتبار عدم دقة هذه

---

(١) Trafficking in Women and children: The U.S and international Response. May 10, 2000. p1 Congressional Research service Report 98 - 649 C.

(٢) دراسة لليونسيف تفضح ممارسات شبكات دعارة الاطفال (Net) .

(٣) Japan the trafficking of women, www. Paralumun.com p-1.

(٤) CRS Report Trafficking in women and children : The U.S and International respons - U.S department of state - International information programs. May, 10, 2000. http://usinfo.state.gov.

الارقام باعتبار أن هذه التجارة غير مشروعة ومن ثم فالاحصائيات الخاصة بها غير مضبطة .

المناطق العارضة	حجم المعروض سنويا
جنوب شرق آسيا	٢٢٥,٠٠٠
جنوب آسيا	١٥٠,٠٠٠
الاتحاد السوفيتي	١٠٠,٠٠٠
شرق اوروبا	٧٥,٠٠٠
امريكا اللاتينية والكاريبى	١٠٠,٠٠٠
افريقيا	٥٠,٠٠٠

أما الدول الطالبة ، أى الدول المستوردة، فهى فى غالب الاحوال من الدول الغنية اقتصاديا المتمتعة بقدر عال من الرفاهية والرخاء الاقتصادى ، والتى تعاني، فى ذات الوقت ، التخلف الاخلاقى وضعف الوازع الدينى . فهذه الدول تعتبر ارضا صالحة لجذب هؤلاء الضحايا بالنظر لما تقدمه من وعود تتمثل فى توفير فرص عمل وتهيئة حياة أفضل ودخول مرتفعة ، ومساواة بالعمالة الوطنية ....الخ.

وغالبا ما تكون هذه الوعود وعودا كاذبة . ومن أمثلة تلك الدول: الولايات المتحدة الامريكية ، دول الخليج ، دول الشرق الأوسط ، ودول غرب اوروبا.

وعلى الرغم من أن الاتجار بالبشر يعد جريمة دولية تمثل انتهاكا لحقوق الانسان ، فإنها تتنامى بشكل سريع ومذهل فى آن واحد .

وتدل الاحصاءات على انه فى خلال عام ٢٠٠١ تم بيع وشراء ونقل ما بين مليون وأربعة ملايين شخص فى العالم، معظمهم من النساء والاطفال [١] . وقدرت منظمة النزوح الدولية عدد الضحايا الذين تم الاتجار بهم داخل بلادهم، وعبر الحدود القومية، فى عام ١٩٩٧ بأربعة ملايين شخص . وتشكل الولايات المتحدة الامريكية بلد عبور ومقصد (مقر نهائى للرحلة) . وقد اشار تقرير صدر من الحكومة الامريكية فى عام ٢٠٠٣ إلى أن عدد النساء والاطفال التى يتم الاتجار بهم سنويا عبر الحدود الدولية على مستوى العالم يقدر بحوالى ٨٠٠,٠٠٠ إلى ٩٠٠,٠٠٠ شخص . وان ما بين ١٨,٠٠٠ : ٢٠,٠٠٠ من هؤلاء الضحايا يتم الاتجار بهم فى داخل الولايات المتحدة الامريكية . وقامت الحكومة الامريكية برصد ١٠٠ مليون دولار امريكى فى السنة الضريبية ٢٠٠٢/٢٠٠٣ لمواجهة هذه الظاهرة على المستوى الدولى [٢] .

وتدل هذه الاحصاءات المبدئية على مدى خطورة هذه الجريمة وتزايدها بصورة سريعة وعلى أنها نتاج لتقسيم العالم إلى عالم متقدم وآخر متخلف .

---

(١) تقرير اصدرته وزارة الخارجية الامريكية عن ظاهرة الاتجار بالبشر فى العالم لعام ٢٠٠١ .

(٢) Trafficking in Persons Report, June 2003, June 2004, U.S Department of state. www.state.gov.

٦- تعريف ظاهرة الاتجار فى البشر [١] وعناصرها :

تتعلق التجارة ، عادة ، بسلع موضوعية لها كيـان مـادى بحيث يمكن بيعها أو شراؤها بمقابل مادى محـدد ، بـل ويمكـن مصادرتها إذا لزم الامر . فالتداول يتم فى السـوق وفقـا للتعبيـر الاقتصادى . اما الحديث عن تجارة تتعلق باشخاص Trafficking in persons ، أى بالانسان ذاته ، فذلك مـا يثيـر العديـد مـن التحفظات لانها تجعل الانسان، الذى فضله الله على سائر المخلوقات الاخرى ، مجرد سلعة يمكن تداولها ومصادرتها أيضا عن طريـق ترحيلها إلى بلدها الاصلى فى بعض الحالات.

إذاً ، يمكن القول أن هذا النوع من التجارة يختلف من حيث

---

(١) يقصد بالاتجار فى البشر ، وفقا للمادة الثالثة من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالاشخاص ، وبخاصة النساء والاطفال ، المكمل لاتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الصادر من الأمم المتحدة سنة ٢٠٠٠ : أ) تجنيد اشخاص أو نقلهم أو تنقيلهم أو ايواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك مـن اشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو اساءة استعمال السلطة أو اسـاءة استغلال حالة استضعاف ، أو باعطاء أو تلقى مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال ويشمل الاستغلال ، كحد ادنى ، استغلال دعارة الغير أو سائر اشكال الاستغلال الجنسي ، أو السـخرة أو الخدمـة قـسراً ، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الاعضاء ؛

(ب) لا تكون موافقة ضحية الاتجار بالاشخاص على الاستغلال المقصود والمبـين فـى الفقرة (أ) محل اعتبار فى الحالات التى يكون قد استخدم فيها اى من الوسائل المبينة فى الفقرة (أ) .

(جـ) يعتبر تجنيد طفل أو نقله أو تنقيله أو ايواؤه أو استقباله لغرض الاستغلال "اتجـارا بالاشخاص" حتى لو لم ينطو على استعمال اى من الوسائل المبينة فى الفقرة (أ) .

(د) يقصد بتعبير "طفل " اى شخص دون الثامنة عشر من العمر .

وبينت المادة الرابعة من البروتوكول المذكور نطاق تطبيقه فقصرته على الجـرائم ذات الطابع غير الوطنى التى تقترفها جماعات اجرامية منظمة وليس مجرد حالات فرديـة غير منظمة .

محله عن التجارة بمفهومها الاقتصادى ، إذ يتخذ من الانسان موضوعا له فيجعله سلعة محلا للعرض والطلب .

ولما كانت التجارة تعنى تحكم التاجر والعميل فى نوع السلعة وجودتها وسعرها ، فإن هذا يثير العديد من التساؤلات حول السلعة موضوع هذا البحث .

وقد تعددت التعريفات المختلفة للاتجار فى البشر [1] ، ويمكن ردها إلى التعريف التالى:

هى كافة التصرفات ، المشروعة وغير المشروعة ، التى تحيل الانسان إلى مجرد سلعة أو ضحية يتم التصرف فيه بواسطة وسطاء محترفين عبر الحدود الوطنية بقصد استغلاله فى اعمال ذات اجر متدن أو فى أعمال جنسية أو ما شابه ذلك ، وسواء تم هذا التصرف بإرادة الضحية أو قسرا عنه أو بأى صورة أخرى من صور العبودية .

ويتضح لنا من هذا التعريف أن الاتجار فى البشر يفترض

---

(١) منها التعريف الامريكى - بروتوكول الأمم المتحدة - والذى يعرف الاتجار فى البشر بأنه :

The recruitment, transportation, transfer, harboring or receipt of persons, by means of threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labor or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.

توفر عناصر ثلاثة هي: **السلعة ، الوسيط ، السوق (حركة السلعة)** .

٦-أ - السلعة :

وتتمثل في الشخص الذي يمكن بيعه أو تجنيده أو نقله أو ايواؤه أو استقباله في أي بلد آخر غير موطنه الاصلي ، وذلك بقصد استغلاله . ويتم هذا الاستغلال إما عن طريق تقديم عمل مشروع ، أصلا ، ولكن بطريق السخرة ، دون الحصول على المقابل المادي الملائم لهذا العمل ، ودون التأمين عليه أو تهيئة اقامة مشروعة له في الدولة المضيفة ، مما يجعله يدخل في نطاق الاعمال غير المشروعة . وإما عن طريق تقديم عمل غير مشروع يتمثل في الاستغلال الجنسي وممارسة البغاء أو نزع الاعضاء وغير ذلك .

ويستوي في ذلك أن يتم استغلاله طواعية منه أو كرها عنه. ويتمثل هذا الاكراه في استعمال القوة والخطف والاحتيال والنصب ، وغيرها من الصور الأخرى .

وعادة ما يكون الضحية من النساء والأطفال ، دون التقيد بسن معينة . ويحصل هؤلاء على مقابل لاستغلالهم عادة ما يكون ضئيلا لا يكفي لسداد التزاماتهم .

ويخرج هؤلاء الضحايا من بلادهم بعدة طرق : **فقد يكون الخروج طواعية** عن طريق تقديم الوعود الكاذبة بتوفير فرص عمل بمقابل مادي كبير يتم الاعلان عنها في الصحف أو عبر شبكة

الانترنت، أو عن طريق الاتصال المباشر بهم . ويتم تزويدهم بتذاكر الانتقال ووثائق سفر مزورة للوصول إلى الجهة أو البلد المضيف ، وذلك مقابل حصول الوسطاء على سندات مديونية بهذه المبالغ مما يؤدى إلى ارهاق هؤلاء الضحايا بتكاليف باهظة وديون تضمن ارتباطهم بهؤلاء الوسطاء(١) .

وقد **يكون الخروج جبرا عنهم** عن طريق خطف السيدات والاطفال من بلدهم الاصلى لاسغلالهم بالقوة فى دولة اخرى . ويتضمن الاجبار هنا الايذاء المعنوى cruel mental والجسمانى physical abuse كالضرب وهتك العرض والتجويع والإدمان بالإكراه والحبس والعزلة .

وسواء تمت التجارة بإرادة الضحية أو قسرا عنها ، فإنهم يتعرضون للإصابة بالأمراض المعدية دون الحصول على الرعاية الطبية الملائمة .

ولذلك عادة ما يتم اختيار الضحية من صغار السن ، الذين لا تتجاوز أعمارهم خمسة وعشرين عاما ، لضمان مقاومتهم للإمراض المعدية كالايدز والتهاب الكبد الوبائى وغيرها من الامراض ، وان كان مصيرها فى حالات الاصابة قد يصل إلى حد القتل .

٦- ب- الوسيط (التاجر) :

ويقصد بالوسيط الأشخاص والجماعات الاجرامية المنظمة

---

(١)· Trafficking in women and children. May 10, 2000 usinfo.state.gov.
http:/usinfo.state

التى تقوم بعملية نقل وتسهيل هذه التجارة .

فيقوم هؤلاء بأعمال الوساطة بين الضحية وبين جماعات أخرى فى البلد محل مباشرة النشاط أو الاستغلال وذلك مقابل الحصول على دخول مرتفعة .

ووفقا للمادة الرابعة من بروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الصادر من الأمم المتحدة سنة ٢٠٠٠ لا تسرى أحكام هذا البروتوكول إلا على الاتجار عبر الوطنى فى البشر الذى تقوم به جماعات اجرامية منظمة دون الحالات الفردية العارضة.

ويعنى ذلك أن الوسيط يجب أن يتبع جماعات اجرامية منظمة تحترف مثل هذا النوع من التجارة. أما ما يتعلق بالحالات الفردية والعارضة فلا تعد من قبيل الاتجار فى البشر.

وجدير بالذكر أن الوسيط ليس مجرد شخص طبيعى، بل هو مشروع منظم يحترف مثل هذه التجارة . فهو مشروع اقتصادى متكامل البنيان قريب الشبه من المشروعات الاقتصادية متعددة الجنسيات . إذ أن الشبكة الاجرامية التى تقوم بهذه التجارة تتكون، فى الغالب الاعم ، من وسطاء يتخذون من الدول العارضة لهذه السلعة مركزا لهم حيث يقومون باختيار الضحايا محل التجارة ، ومن وسطاء مسهلين للمساعدة فى عبور هذه السلعة من بلد المنشأ إلى البلد المضيف الذى يوجد فيه وسطاء آخرون يقومون بمهمة استلام هذه السلع وتوزيعها على الانشطة المختلفة.

٦- جـ- السوق (حركة السلعة) :

، يتعلق الاتجار فى البشر بانتقال الضحايا من موطنهم الاصلى إلى بلد اخر، أو عدة بلاد اخرى ، وذلك لاستغلالهم بصورة غير مشروعة .

وعليه قد يكون البلد الآخر مجرد منطقة تجمع أو عبور للضحايا تمهيدا لانتقالهم إلى المكان المقصود للاستغلال، أو قد يكون الانتقال مباشرة إلى بلد الاستغلال .

ويمكن القول أن الاتجار بالبشر يرتبط بعدة اسواق : **دول العرض** أى الدول المصدرة للضحايا ، وهى عادة دول فقيرة أو متخلفة تعانى من العديد من الازمات السياسية والاقتصادية والاجتماعية ومن ثم تمثل عنصر طرد لهؤلاء الأشخاص. فهى عادة تمثل دول الاقتصاد المغلق.

ودول الطلب ، أى الدول المستوردة ، وهى عادة دول غنية أو صناعية كبرى، أو دول مجاورة ذات مستوى معيشة افضل، ومن ثم تمثل عنصر جذب قويا لهؤلاء الأشخاص للخروج من مشكلاتهم وتحسين ظروفهم وأوضاعهم دون النظر إلى طريقة الاستغلال ونوعه ومدى مشروعيته. فهى عادة تمثل دول الاقتصاد الحر.

وبين هذين النوعين من الدول قد توجد دول عبور أو ترانزيت تقع ما بين الدول المصدرة والدول المستوردة ، اذ تمثل مجرد مكان أو مركز لتجمع هؤلاء الضحايا تمهيدا لانتقالهم إلى الدول المستوردة لهم .

وعادة ما تكون دول الترانزيت أو العبور دولا فقيرة تمثل حلقة الاتصال بين الدول المصدرة والمستوردة، نظرا لبعد المسافة بينها، مقابل عمولات باهظة .

وقد وصلت تقديرات الارباح التى يحققها هؤلاء الوسطاء من ٥ إلى ٧ بليون دولار فى السنة ، وفى بعض السنوات وصلت إلى ٩,٥ بليون دولار. وهذا هو الدافع الحقيقى وراء انتشار هذه الظاهرة، فالإرباح مرتفعة جدا والنفقات منخفضة للغاية بالإضافة إلى انخفاض عنصر المخاطرة وطول الفترة الزمنية لاستغلال هذه السلعة [١] .

وبدهى أن هيكل هذه الاسواق ذو طبيعة احتكارية من جانب الوسيط ، نظرا للإرباح الهائلة التى تدرها هذه التجارة غير المشروعة مما يدفع المتعاملين فيها إلى استعمال كافة الوسائل المشروعة وغير المشروعة للحيلولة دون منافسة غيرهم من الوسطاء لهم فى هذا المجال.

٧- انواع التجارة :

ذكرنا من قبل أن الاتجار فى البشر يعنى انتقالهم من موطنهم الاصلى إلى بلد آخر بقصد استغلالهم بصورة غير مشروعة . فهؤلاء وان كانوا يحصلون على مقابل لهذا الاستغلال إلا انه مقابل لا يعوضهم عن امتهان كرامتهم وضياع مستقبلهم ، بل

(١) Crimes of the powerful- Trafficking in Human Beings- By pr. Georgi Glonti p.16.

وفى كثير من الاحيان يفقدهم حياتهم .

ويمكن تحـديد انواع الاتجار فى البشـر فى ثلاث صـور اساسيـة هى: البغاء ، وعمالة الاطفـال دون الـسن القـانونى ، وتجارة الاعضاء البشرية.

وعليه سنتناول هذه الصور كل فى بند مستقل :

أولا - الاستغلال الجنسى

٨ - البغاء :

وهو يمثل أهم وأخطر صور الاتجار فى البـشر وأكثرهـا انتشارا على مستوى العالم المتخلف والمتقدم على السواء .

ونظرا للإرباح الضخمة التى تحققها مثل هذه التجارة ، فإن الكثير من تجار السلاح والمخدرات قد هجروا نـشاطهم الاصـلى واستبدلوا به الاتجار فى البشر. وذلك لكونه اقل مخاطرة وعقوبـة بالإضافة إلى استمرارية الارباح . فالإنسان كـسلعة غيـر قابـل للاستهلاك فى الزمن القصير ، أما السلع الاخـرى ، كالمخـدرات والسلاح ، فهى تستهلك بمجرد الاستعمال.

وبتعبير آخر ، يمكن استغلال الإنسان ، كسلعة ، اكثر مـن مرة دون أن يبلى ، ومن ثم فإن ذلك يـضمن اسـتمرارية اربـاح مباشرى هذه التجـارة والتـى تـسمى بـصناعة الجـنس Sex Industry[١].

---

(١) The International Trafficking and Prostitution of Women and children Sara Elizabeth Dill www. angelfire.com.

ويشمل ضحايا البغاء السيدات والفتيات صغار السن ، اقل من ٢٥ سنة ، وكذلك الاطفال سواء من الذكور أو الاناث . ويمثل بغاء الاطفال ابشع صورة للاستغلال الجنسى لآثاره الاجتماعية والاقتصادية المدمرة للبنية الاساسية للمجتمعات .

وتدل الاحصائيات على أن تجارة البغاء تقسم العالم ، وفقا للظروف الاقتصادية ، إلى مناطق مصدره ومناطق مستوردة له . ويمكن القول بأن المناطق المصدرة له تتركز فى جنوب شرق آسيا، وجنوب آسيا ، الاتحاد السوفيتى ، شرق اوروبا ، امريكا اللاتينية والكاريبى ، وإفريقيا .

اما المناطق المستوردة فهى آسيا والشرق الاوسط ، غرب اوروبا ، وشمال امريكا.

٨- أ- الدول المصدرة للبغاء :

يلاحظ أن الدول المصدرة للبغاء هي الدول التى تعانى من الحروب والأزمات السياسية والاقتصادية والتفكك الاقتصادى والفقر. فعدم الاستقرار السياسى والاقتصادى يعد من أهم عوامل طرد المواطنين نحو الخارج . حيث يمارس بعضهم انشطة مشروعة ، بينما تمارس الاغلبية انشطة غير مشروعة بحثا عن الكسب السريع والخروج من ازماتهم المتتالية .

ونستطيع أن نستخلص ذلك بالنظر إلى بعض الدول المصدرة للبغاء فى العالم :

البلــــد	الاعـــداد (1)
الهند	٢,٣ مليون
اندونسيا	٧١,٢٨١
بورما	٢٠,٠٠٠ : ٣٠,٠٠٠
الفلبين	٣٠٠,٠٠٠
كامبوديا	١٠,٠٠٠ : ١٥,٠٠٠
ماليزيا	١٤٢,٠٠٠
بنجلاديش	٢٠٠,٠٠٠
اليابان	١٥٠,٠٠٠
الصين	٢٤,٧٥٠
سيريلانكا	١٥,٠٠٠
فيتنام	٦٠,٠٠٠ : ٢٠٠,٠٠٠
تايوان	٦٠,٠٠٠ : ٤٠,٠٠٠
تايلند	٣٠٠,٠٠٠ : ٢,٨ مليون
الولايات المتحدة	٨٠٠,٠٠٠ : ٩٠٠,٠٠٠

٨- ب - الدول المستوردة للبغاء :

تشمل الدول المتقدمة اقتصاديا والتى تتمتع بقدر عـــال مـــن الاستقرار الاقتصادى والسياسى . فهى دول ملجأ لهؤلاء الأشخاص بحثا عن الكسب السريع والاستقرار بغض النظر عن الآثار الخطيرة

---

(١) Statistics on trafficking and Prostitution in Asia and Pacific, www.codewan.com.ph Gathered by CATW - AP, January 21, 1999.

التى قد تلحق بهم من جراء ممارسة هذا النوع من النشاط .

ويلاحظ على هذه الدول انها لا تحرم دينيا أو اخلاقيا أو شرعيا ممارسة البغاء فيها . فلا يوجد بها ، عادة ، قيم دينية أو تشريع يحرم ممارسة البغاء ومن ثم يقرر عقوبة لممارسة مثل هذه الانشطة .

ومن امثلة الدول المستوردة ، دول غرب اوروبا مثل المانيا، ايطاليا ، فرنسا ، سويسرا ، هولندا ، اليونان ، ودول الخليج واليابان والولايات المتحدة الامريكية .

٨- جـ- دول العبور (الترانزيت) :

تحتاج حركة تجارة الأشخاص من الدول المصدرة إلى الدول المستوردة ، فى بعض الأحوال ، وبخاصة فى حالة بعد المسافة بينها ، إلى وجود دول عبور أو ترانزيت تكون حلقة الوصل بينها ، مثال ذلك الهند والمكسيك .

فتجارة الأشخاص من الدول المصدرة إلى المستوردة تتم ، إذاً ، وفقا لاتجاه ومسار مكانى معين ولا تترك لمحض الصدفة .

فالتنظيمات الاجرامية التى تتولى عملية التصدير والاستيراد اشبه بالمؤسسات والمنشآت دولية النشاط التى يكون لها اكثر من فرع فى عدة دول تبدأ من دول التصدير حيث تقوم بتحديد المجموعات المعدة للتصدير من اجل ممارسة البغاء وبتجهيز التأشيرات ووثائق السفر استعدادا لانتقالهم إلى دول الاستيراد عبر دول الترانزيت بحسب كل مجموعة وبحسب الدول المستهدفة .

وبمجرد وصول هؤلاء الأشخاص إلـــى دول الاســـتيراد تتـــولاهم تنظيمات اجرامية اخرى، تابعة أو مستقلة عن الاولى، تعمل علـــى توزيعهم على اماكن النشاط المختلفة مع ارهاقهم بالضمانات التـــى تكفل لهذه التنظيمات الحصول على الارباح الناتجة من ممارسة هذه التجارة .

٨- د - اسرائيل النموذج الأوضح لتجارة البغاء :

وتعد اسرائيل نموذجا واضحا لعمليات الاتجار فى الأشخاص حيث تستقبل سنويا اعداداً ضخمة من دول الاتحاد السوفيتى السابق وجنوب افريقيا للعمل فى هذا المجال.

وتوضح الاحصائيات انه فى عام ٢٠٠٠ قد تم القبض على حوالى ٤٧٤ امرأة أجنبية دخلت إلى اسرائيل بطريق غير مـــشروع لممارسة انشطة غير مشروعة . والغالبية العظمى من هذه الاعـــداد قد آتت إلى اسرائيل من دول الاتحاد السوفيتى السابق، وخاصة من اوكرانيا وروسيا ومولودفا ، وجميعهم تقريبا تحت ســـن العـــشرين عاما .

والإحصائية التالية [١] توضح هذه الاعداد على النحو التالى:

---

(١) - Trafficking in woman in Israel,- An updated Report - 2001- Hot line for Migrant Workers - p.5

- World bank indicatiors, Datalose, http: ww.worldbank.org.data.

اسم الدولة	الاعداد	النسبة المئوية	GN P per capita	عدد السكان تحت خط الفقر
اوكرانيا	١٨٠	%٤٦	٧٠٠ دولار	%٢٨
روسيا	١٠٩	%٢٨	١,٦٦٠ دولار	%٣٠
مولدوفا	٦٨	%١٧	٤٠٠ دولار	%٥٥
مناطق اخرى	HV	%٩		

ويتضح من هذا الجدول أن هذه الدول ، على وجه التحديد ، قد تعرضت للانهيار الاقتصادى والاجتماعى نتيجة انهيار الاتحاد السوفيتى، مما أدى إلى جعل العديد من القوى العاملة فى حالة بطالة ، أو إلى حصولها على اجور منخفضة . وبطبيعة الحال فإن السيدات هن اول فئة تعانى من البطالة . كل ذلك يدفعهن إلى البحث عن أى فرص عمل ، مشروعة أو غير مشروعة ، للكسب والحياة وخاصة خارج اقليم دولهن. وهذا ما يفسر انتشار الضحايا من تلك البلاد .

وبنظرة بسيطة إلى هذه الدول يتضح انها تعانى من ظروف اقتصادية متدهورة ويعيش اهلها تحت مستوى خط الفقر .

وقد تغيرت طريقة دخول هؤلاء الضحايا إلى اسرائيل بعد صدور العديد من القوانين واللوائح التى تفرض القيود على هذه التجارة . فبعد أن كان الدخول يتم إما عن طريق الزواج الصورى، أو المستندات المزورة، أو وثائق الهجرة الاسرائيلية المزورة، أو بواسطة ميناء حيفا ، اصبح الدخول الآن يتم عن طريق الحدود المصرية الاسرائيلية . فأصبحت بذلك مصر بلد أو منطقة عبور تمهيدا لنقل الضحايا عبر الحدود البرية إلى اسرائيل . وتعتبر

مطارات الغردقة وشرم الشيخ اماكن تجمع لهؤلاء الضحايا تمهيـدا لنقلهم عن طريق سيناء إلى اسرائيل . وعادة ما يتم عبور الحـدود المصرية الاسرائيلية سيـرا على الاقـدام بمعاونـة دليـل مـن البدو[١].

وبمجرد وصول الضحايا إلى اسرائيل يتم بيعهم بطريقتين : إما بطريقة المزاد العلنى public auction حيث يتم عرضهم أمام تجار أو سماسرة متخصصين ويتم البيع على أساس أعلى سعر ، أو بطريقة البيع الخاص private sale حيث يتم البيع مـن شـخص لآخر. ويتراوح ثمن البيع فيما بـين ٤,٠٠٠ إلـى ١٠,٠٠٠ دولار حسب السن والمظهر بالإضافة إلى نوع المستندات .

ويتم استخدام هؤلاء الضحايا فى ممارسة الدعارة والبغاء مع التزامهم بدفع الديون الناتجة عن مصاريف انتقالهم إلى اسرائيل ، نفقات المستندات المزورة ، وغيرها من الديون الاخرى . ولا يملك هؤلاء الرفض أو الامتناع عن ممارسة البغاء وإلا تعرضوا للإيذاء البدنى والنفسى ، خاصة وأن هؤلاء التجار يعلمون جيدا محل إقامة عائلاتهم ويهددونهم بالإيذاء .

٨- هـ - حركة البغاء على مستوى العالم :

ويوضح الجدول التالى حركة إنتقال هذه السلع مـن الـدول المصدرة إلى الدول المستوردة :

(١) - For you were strangers "modern slavery and trafficking in human Beings in Israel - Hotline for migrant workers - February 2003.
- Trafficking in women in Israel - An updated report - 2001 - Hotline for migrant workers p.6.

القارة	المنطقة	اعداد الضحايا سنويا	الدول المصدرة	الدول المستوردة	اعداد الضحايا فى بعض الدول
١- آسيا (مليون سيده سنويا)	أ) جنوب شرق آسيا	٢٢٥,٠٠٠ ضحية من النساء والاطفال	تايلند - كامبوديا - الفلبين - اليابان - تايوان - ماليزيا - هونغ كونج - الصين - فيتنام - بورما - لاوس - اندونيسيا	المناطق: شرق اوروبا - روسيا - جنوب شرق آسيا الدول: اليابان - استراليا - الولايات المتحدة الامريكية - غرب اوروبا	١٥٠,٠٠٠ سودة غير يابانية فيما يتعلق باليابان وحدها
	ب) جنوب آسيا	١٥٠,٠٠٠ ضحية من النساء والاطفال	سيريلانكا - الهند - بنجلاديش - نيبال - باكستان - هونج كونج - بونان ....+ استراليا	الدول: الهند - الولايات المتحدة الامريكية - غرب اوروبا - الشرق الاوسط وخاصة الامارات	الهند : ٤٠,٠٠٠ : ٢٠٠,٠٠٠ غير هنديات + ٢ مليون من الهند الامارات : ٢٠,٠٠٠ طفل من باكستان
٢- اوروبا	أ- الاتحاد السوفيتى	١٠٠,٠٠٠ ضحية	روسيا - اوكرانيا - البانيا - استونيا - الشيشان - الصرب - ايطاليا - البوسنه - كوسفو - يوغوسلافيا - البلقان . وتعد دول شرق اوروبا دول استقبال وعبور	غرب أوروبا: المانيا ، ايطاليا ، فرنسا ، سويسرا ، هولندا ، اليونان ، النمسا ، بريطانيا . الشرق الاوسط : اسرائيل والسعودية والامارات الشرق الاقصى: اليابان وتايلند امريكا وكندا : وسط اوروبا : بولندا - المجر - التشيك	٧٠% من السيدات الروسيات واوروبا الشرقية + افريقيا (غانا ، نيجيريا - المغرب) + جنوب شرق آسيا (الفلبين ، تايلند) + امريكا اللاتينية (البرازيل - كولومبيا - الدومينيكان) ١٥% من الروسيات واوروبا الشرقية ٣% إلى امريكا وكندا ١٢% إلى وسط اوروبا
	ب- شرق اوروبا	١٧٥,٠٠٠ ضحية			

القارة	المنطقة	اعداد الضحايا سنويا	الدول المصدرة	الدول المستوردة	اعداد الضحايا فى بعض الدول
٣- امريكا	امريكا اللاتينية والكاريبى	١٠٠,٠٠٠ ضحية	برازيل – جمهورية الدومينيكان – المكسيك (منطقة عبور) – هندوراس- كوستاريكا – ترينداد – وتوباغو – الارجنتين – البرازيل تعد دول وسط امريكا والمكسيك دول عبور لهذه التجارة	غرب اوروبا الولايات المتحدة الامريكية	٢ مليون طفل
٣- افريقيا		٥٠,٠٠٠ ضحية	السودان – رواندا – توجو – بنين – بتسوانا – زائير – الصومال – اثيوبيا – نيجيريا – الجزائر – غانا – جنوب افريقيا – الجابون	١- المناطق : غرب اوروبا + الشرق الاوسط + الولايات المتحدة الامريكية . ٢- الولايات المتحدة : (نيويورك – فلوريدا – شمال كارولينا – كاليفورنيا – هاواى...)	

المصدر :

Trafficking in women and children : The U.S.A and International Response.

ثانيا- تجارة الاشخاص وعمالة الاطفال

٩- صور الاتجار :

من أسوء صور الإتجار فى البشر الاتجار فى الاطفال الذين يمثلون البنية الاساسيـــة والثروة البشرية المستقبلية لكافة المجتمعات باختلاف أنظمتها الاقتصادية.

وتتعدد صور هذا الاتجار ليشمل العمالة دون السن القانونى مجردة من أى حماية قانونية أو صحية أو اجتماعيـــة ، الاســـتغلال الجنسى، وتجارة الاعضاء البشرية .. وغيرها من صور الاتجـــار الأخرى كالعمل فى المزارع والمناجم وخدمة المنازل والتسول فـــى الشوارع والعمل فى قطاع السياحة [1] والانخراط فـــى النزاعـــات المسلحة....

وكما ذكرنا من قبل فإن هذه الظاهرة تشمل النساء والأطفال على وجه الخصوص . فالنساء ، بإرادتهن أو بـــالجبر والإكـــراه، يضطرون لبيع أنفسهن كسلعة لتجار هذه الظاهرة . أما الاطفال فإن بيعهم يتم من جانب ذويهم تحت وطأة الظروف الاقتصادية القاســـية التى يعانون منها ، أو نتيجة لفقد الاسرة والعائل ، مما قد يعرضـهم للوقوع فريسة فى أيدى تجار هذه الظاهرة. ويحقق هؤلاء التجـــار أرباحا طائلة من هذه التجارة وصلت إلى ١٢ بليون دولار فى السنة وفقا لتقرير منظمـــة العمـــل الدوليـــة لـــسنة ٢٠٠٣ [2] . وهنـــاك

---

(١) Trafficking in persons reports- June 2004 - op- -cit - p11.

(٢) UNICEF - To end childlabour nations must fight trafficking of children p.2. www.unicef.org

إحصائيات أخرى تقرر أن نسبة الاطفال فى هذه التجارة بلغت ١,٢ مليون طفل سنويا، خاصة من الاناث تحت سن ١٣ الذين وفدوا من آسيا وشرق أوروبا (١) .

وتمثل جريمة الاتجار فى البشر أبشع صور الجريمة المنظمة التى تنافس تجارة السلاح والمخدرات . ولا نبالغ إذا ذكرنا أنها تمثل الصدارة إذا ما استطعنا أن نصل إلى الاحصائيات الحقيقية والدقيقة لمثل هذه التجارة ، والتى لا تفصح عنها الدول ، غالبا ، فى الاحصائيات الرسمية حفاظا على سمعتها فى المجتمع الدولى.

وجدير بالذكر أن الاتجار فى الاطفال لا يقتصر على دول محددة، بل يشمل كافة دول العالم خاصة الدول التى تعانى من الفقر والبطالة والانهيار الاقتصادى والسياسى والاجتماعى . وتمثل هذه الدول دول التصدير لهذا النوع من التجارة إلى دول الاستيراد وهى الدول التى تنعم بالاستقرار الاقتصادى والسياسى والاجتماعى وتعانى من الانحطاط الاخلاقى وفقدان الوازع الدينى ، وذلك مرورا بدول العبور التى تمثل حلقة الاتصال بين دول التصدير والاستيراد.

٩- أ - الاستغلال الجنسى :

ومن أبشع صور الاتجار فى الاطفال الاستغلال الجنسى الذى يفقد هؤلاء الاطفال براءتهم ويقضى على أى مستقبل لهم فى الحياة . أضف إلى ذلك التعرض لكافة الوان العذابات والإكراه البدنى والنفسى لممارسة مثل هذه الافعال . وعادة ما يحاول أرباب

---

(١) نفس المرجع السابق ، وكذلك :

-Unicef- Child Protection- Trafficking and sexual exploitation p.1. www.unicef.org

هذه العصابات المنظمة إقناع ذوى هؤلاء الاطفال بالخروج من الاسرة والابتعاد عن إى حماية لهم بحثا عن حياة أفضل ومورد رزق أوسع يساعد على خروجهم من ازماتهم وحالة الفقر التى يعيشون فيها . ويتم الانتقال إلى بلد آخر بعيد أو قريب من موطنهم الاصلى ، عادة ما يكون بلداً اجنبية من حيث اللغة والعادات والتقاليد مما يجعل هؤلاء الاطفال بمعزل عن المجتمع الجديد الذين يعيشون فيه . وتحت وطأة هذه الظروف يصبح هؤلاء الاطفال تحت سلطة هذه العصابات حيث يتم توجيههم إلى اماكن العمل المختلفة التى تتراوح ما بين التسول فى الشوارع أو العمل كخدم فى المنازل كبداية وفى الدعارة كنهاية ..... (١)

وتدل الاحصائيات أن عدد الاطفال اقل من ١٨ سنة الذين يمارسون الدعارة وصل إلى كثر من ٢ مليون طفل سنويا. يأتى من اسيا وحدها مليون طفل سنويا، ومن الولايات المتحدة الامريكية ٣٠٠,٠٠٠ . أما عدد الاطفال اقل من ١٥ سنة فيبلغ حوالى ٨٠ مليون طفل من ١٢٤ دولة يمارسون اعمالا مختلفة . وقد تصل هذه الاعداد إلى الضعف من اجمالى دول العالم(٢).

هذا وقد حددت منظمة اليونسيف المقصود بالاستغلال الجنسى وما يشابهه(٣) وأوجزته فيما يلى :

---

(١) وكذلك قد يتم بيع هؤلاء الاطفال لراغبى التبنى فى بعض الدول ، وتشير الاحصائيات أن ما بين ١٠٠٠ إلى ١٥٠٠ من الاطفال والرضع من جواتيمالا وحدها يتم الاتجار بهم لاغراض التبنى فى شمال افريقيا واوروبا – مقالة على الانترنت . Unicef : child protection –www.unicef.org.

(٢) Unicef: child protection -Trafficking and sexual exploitation.

(٣) Unicef, Voices of youth, Glossary.

- **الاعمال الاباحية للاطفال** : Child pornography مثل الصور والكتابة عن اطفال يمارسون الجنس ، أو تصوير اعضائهم الجنسية لإشباع الرغبة الجنسية للآخرين من البالغين. وقد يتم عرض هـذه الصور فى كتب أو مجلات أو على الانترنت ...

وبطبيعة الحال فإن هذه الاعمال تتنافى مع القانون وتمثـل اسوء اشكال استغلال الاطفال.

- **البغاء** Child prostitution : ويقصد بـه ممارسـة الاطفـال للجنس مع آخرين، سواء كانوا بالغين أو اطفال، وذلك بمقابل مادى أيا كان شكله . وهو بالطبع يعتبر من صور الاسـتغلال الجنـسى للأطفال . وهذا ما نص عليه فى المادة الثانية / ب من البروتوكول الاختيارى لاتفاقية حقوق الاطفال لعام ٢٠٠٠ .

- **الاستغلال الجنسى للاطفال لاغـراض تجاريـة** Commercial sexual exploitation of children مثل اجبار أو اكراه الاطفال على ممارسة الجنس بواسطة شخص بالغ أو منظمـة أو مجموعـة مقابل دخل مادى أو أى مكافأة أو أى صورة أخـرى مـن صـور الدخل .

ويختلف الاستغلال الجنسى هنا عـن (التعـسف الجنـسى) sexual abuse من حيث كون هذا الاخير يتم بدون مقابل مادى . وبطبيعة الحال فالاستغلال الجنسى للأطفال لاغراض تجارية يمثـل انتهاكا واضحا لقانون ولحقوق الاطفال .

وعادة ما يستخدم الاطفال لاغراض الاستغلال الجنسى تحت ضغط الفقر والظروف الاقتصادية السيئة لأسرهم وذويهم .

وبدهى أن الاستغلال الجنسى للأطفال بهذا المفهـوم يمثـل

نوعا من العبودية الحديثة أو العودة إلى نظام الرق مرة اخرى حيث يتحول هؤلاء الاطفال إلى مجرد سلعة تباع فى سوق الدعارة والبغاء. ناهيك عن الاضرار الجسيمة المزمنة التى تلحق بهؤلاء الاطفال من امراض وحمل مبكر وخلل نفسي وجسدى ، من جهة ، والتى تصيب المجتمع وبنيته الاساسية من جهة اخرى .

وإذا كان الفقر هو السبب الرئيسى للاستغلال الجنسى للأطفال، إلا أن هناك عوامل اخرى تساهم فى انتشار هذه الظاهرة منها التفكك الاسرى ، والنزاعات المسلحة والتمييز بين الجنسين [(١)] والأزمات الاقتصادية والسياسية التى تعانى منها الكثير من الدول .

---

(١) تدل الاحصائيات انه بالرغم من التقدم والاراء التى تنادى بالحرية والمساواة بين الذكور والاناث على مستوى العالم وتزايد المعاهدات التى تنادى بذلك إلا أن التمييز بين الذكور والاناث ما زال قائما ضد الاناث . وهذا التمييز يتم فى كافة جوانب الحياة وخاصة فى التعليم باعتباره القناة الاساسية لكافة المجالات الاخرى وعلى وجه الخصوص فى الدول المتخلفة .

وتشير الاحصائيات التالية من منظمة اليونسكو ١٩٩٤ على نسبة التعليم لكل من الذكور والاناث في ١٨ دولة على النحو التالي :

البلد	الذكور %	الاناث %	البلد	الذكور %	الاناث %
١- افغانستان	٤٢	١١	١١- بنين	٤٢	١٩
٢- بوركينا فاسو	٢٦	٧	١٢- بوتان	٥١	٢٣
٣- نيجريا	١٨	٥	١٣- باكستان	٤٦	٢١
٤- نيبال	٣٧	١١	١٤- السنغال	٣٩	١٩
٥- سيراليون	٤٠	١٤	١٥- بنجلاديش	٤٧	٢٣
٦- ليبريا	٤٩	١٨	١٦- جيبوتي	٥٥	٢٧
٧- موزمبيق	٥٢	١٩	١٧- المغرب	٥٢	٢٦
٨- غينيا	٤٥	١٨	١٨- توجو	٦١	٣٠
٩- بوروندى	٤٥	١٩			
١٠- جامبيا Gambia	٤٨	٢٠			

هذا وتستغل الشبكات الأجرامية المنظمة مثل هذه الظروف لتقديم العروض لاسر هؤلاء الاطفال للخروج من ازماتهم ورفع مستوى معيشتهم. وتمثل هذه العروض العصا السحرية لهؤلاء الاسر دون النظر للمستقبل المظلم والغامض الذى ينتظر اطفالهم ، ويصبح منطقهم هو بيع طفل فداء للأسرة .

ولا يخفى ما تلعبه شبكة الانترنت من دور مؤثر فى تنامى هذه الظاهرة وانتشارها وذلك عن طريق تقديم العروض والصور لممارسة الجنس وسبل الاتصال بالضحايا . اضف إلى ذلك أن الجرائم المرتكبة بواسطة الانترنت تتوزع أماكنها بفضل التقدم العلمى والهائل على اقاليم دول عدة ، كما تضعف وتتلاشى سريعا ادلة اثباتها ، وليس ايسر من تنقل فاعليها من بلد إلى آخر [1] . كما يسهل على العصابات الاجرامية الدولية استخدامها ، وارتكاب الجرائم وخاصة الاستغلال الجنسى للنساء والأطفال بواسطتها . بل وتستخدمها هذه العصابات بالفعل فيما يسمى بسياحة الجنس sex tourism بقصد جذب اكبر عدد من السائحين وإحداث نوع من الانتعاش الاقتصادى المؤقت وذلك على حساب ثروة قومية اساسية هم الاطفال.

وقد كشف تقرير للجنة حقوق الانسان التابعة للأمم المتحدة أن احد المصادر فى البرازيل يقدر عدد الاطفال الذين يمارسون سياحة الجنس بـ ٦٠٠ ألف طفل موزعين على عدد كبير من بلدان

---

(١) د. سليمان عبد المنعم ، دروس فى القانون الدولى الجنائى - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٠ ، صـ٨٨ .

العالم الفقيرة والنامية . ففى الفلبين وتايلاند والهند ثبت وجود شبكات لدعارة الاطفال تغطى الدولة بأكملها أو اجزاء منها ولا يقتصر الامر على الحدود الوطنية لهذه الدول بل تمتد كذلك إلى الدول المجاورة ، حيث يجند الاطفال فى بورما لممارسة البغاء والجنس فى تايلاند ، والأطفال من نيبال وبنجلاديش لممارسته فى الهند [١] .

وتدل الاحصائيات، وفقا لمنظمة العمل الدولية، على أن عدد الاطفال الذين يمارسون البغاء قد بلغ ٨٠٠ الف طفل فى تايلند و ١٠٠٠,٠٠٠ فى الفلبين و ٥٠٠،٠٠٠ فى الهند .

كما أن عدد الذين تم اعتقالهم من تجار بغاء ودعارة الاطفال فى آسيا ، فى الفترة ما بين سنة ١٩٩٢ - ١٩٩٤ ، ٢٥% من الولايات المتحدة الامريكية ، ١٨% من المانيا ، ١٤% من استراليا ، ١٢% من انجلترا ، ٦% من فرنسا .

ولا تقتصر تجارة بغاء الاطفال على جنوب شرق آسيا، بل تمتد إلى الولايات المتحدة الامريكية ، حيث تدل الاحصائيات على أن حوالى ٣٠٠,٠٠٠ طفل يمارسون البغاء فيها . وإذا كان الفقر هو السبب الرئيسى للاتجار فى الاطفال فى دول جنوب شرق اسيا ، فإن الاضطرابات والفوضى الاجتماعية هى السبب الرئيسى لها فى الولايات المتحدة الامريكية [٢] . إذ اكدت منظمة امريكا الشمالية التى تحارب مشكلة بغاء الاطفال أن هؤلاء الاطفال ينتمون إلى

---

(١) UN. Doc. E/CN.4/1993/67 p. 39.

(٢) Provalda. Ru: 12-2000. www.icasa.org.

الطبقة المتوسطة، ومن ثم فالفقر ليس هو السبب فى ممارسة هذه الافعال ولكن التصدع والتفكك الاسرى dysfunctional families هو السبب وراء انتشار هذه الظاهرة . حيث يعانى هؤلاء الاطفال من اضطرابات جسمانية وعاطفية وجنسية .

٩- النزاعات المسلحة ونزع الالغام :

وإذا كانت ممارسة الاطفال للبغاء Prostitution يؤدى إلى العديد من الآثار الاجتماعية والاقتصادية الخطيرة ، بالإضافة إلى الاحتمالات الكبيرة للإصابة بالعديد من الامراض المعدية والخطيرة، فهناك صور بشعة أخرى للاتجار فى الاطفال تتمثل فى مشاركة الاطفال فى ونزع الالغام (تسمى الاراضى المزروعة بالألغام بحدائق الشيطان) والنزاعات المسلحة armed conflicts and landed - mines .

وفيما يتعلق بنزع الالغام ، كمائن الموت ، فالحروب والمنازعات السياسية بين الدول قد تستدعى زرع الالغام . وتشير التقديرات إلى أن حوالى ١٠٠ مليون لغم قد تم زرعها فى اراضى ٦٢ دولة على الاقل - اثناء الحروب- مما حول هذه الاراضى إلى اراضى بور وعطل تنميتها وإمكان استغلال ما بها من ثروات طبيعية وتعدينية . وقد استلزم ذلك ضرورة نزع هذه الالغام لتحويلها إلى اراضى منتجة . وإذا كان الهدف نبيلا فإن وسيلة نزع هذه الالغام مدمرة ، حيث تقوم تلك العصابات المتخصصة فى الاتجار فى البشر بإسناد مهمة نزع الالغام إلى الاطفال كنوع من

الاتجار بهم [1] .

فخفة وزن الاطفال التى تساعدهم على القيام بهـذه المهمـة بسهولة ، وعدم حمايتهم من قبل ذويهم أو بواسطة القوانين ، شـجع العصابات سالفة الذكر على استغلالهم فى هذه العمليات المميتـة . والنتيجة الحتمية لذلك هى إما إزهاق أرواحهم البريئة أو تعرضـهم للتشويه الجسدى والأذى النفسى .

وعلى مستوى العالم توجد العديد من الدول التى تعانى مـن هذه الظاهرة ، ولعل خير دليل على ذلك الاحصائيات التالية [2] :

افغانستان	٩ : ١٠ مليون لغم
انجولا	٩ مليون لغم
كامبوديا	٤ : ٧ مليون لغم

هذا بالإضافة إلى وجود اكثر من ٣٦٢ نوع من الالغام فـى ٥٥ دولة أخرى.

---

(١) ما زالت تعانى مصر فى منطقة الساحل الشمالى الغربى من آثار الحرب العالمية الثانية حيث يوجد بها ملايين الالغام . ولذلك اشار مصدر مسئول فى الخارجية انه ستبدأ قبل نهاية هذا العام ٢٠٠٤ عمليات جادة ومستمرة لتطهير الساحل الشمالى الغربى لمـصر ومناطق الصحراء الغربية من الالغام التى تخلفت عن الحرب العالمية الثانية والتى تمثل كمائن الموت وتسببت على مدى نصف قرن وحتى الآن ، فى إزهاق مئـات الارواح من المصريين غير الجرحى والمشوهين . اضافة إلى وقف التنمية وعدم استثمار هـذه المناطق الملغومة التى تصل مساحتها إلى نحو ٢٢% من الاراضى المـصرية. وهـى أراض عامرة بالثروات الطبيعية من بترول وتعدين وآثار وخلافه فضلا عن خصوبتها وصلاحيتها للزراعة. على أن يقوم بعملية التطهير القوات المسلحة المصرية علـى أن يتم ذلك على مراحل . الاهرام ٢٠٠٤/٣/١٨ ص١٦.

(٢) Denied the right to walk the earth Vietnam Veterans of America Foundation- February - 1995.

وقد قامت ست عشرة دولة بالاتفاق على مواجهة نزع الالغاء دوليا ، وهذه الدول هى : الارجنتين - بلجيكا - بولندا - سلوفاكيا - جنوب افريقيا - اسبانيا - السويد - الولايات المتحدة - ايطاليا - اليابان - كندا - جمهورية التشيك - فرنسا - المانيا - اليونان - اسرائيل ، بالإضافة إلى هولندا وسويسرا .

والصورة الاخرى الخطيرة من الاتجار فى الاطفال تتمثل فى مشاركتهم فى الحروب والنزاعات المسلحة . فبينما كانت الحروب قديما تقتصر على الجنود والمقاتلين ولا يصيب المدنيين من تكلفتها البشرية والمادية اكثر من ٥% فإن هذه التكلفة قد وصلت الآن إلى ٩٠% يتحملها المدنيون ، وبخاصة النساء والأطفال . بل إن الاطفال هم المستهدفون الاصليون فى الحروب . وذلك يمثل تدميرا للبنية الاساسية البشرية لأى مجتمع .

وتشير التقديرات أن الحروب فى نهاية القرن العشرين قد قضت على اكثر من ٢ مليون طفل وأصابت ثلاثة أمثال هذا العدد بإصابات جسيمة ، بالإضافة إلى ما الحقته بهم من آثار نفسية مدمرة.

ويتجسد استغلال الاطفال فى الحروب [(١)] فى تجنيدهم للمشاركة فى القتال أو الاعمال المساعدة مثل النقل وتجهيز الطعام واعمال التجسس . كما تستخدم الاناث منهم كموضوع للإشباع الجنسى للمقاتلين . وفى بعض الحالات قد يضحى الاهل بأطفالهم - وخاصة الاناث - فى مقابل الحصول على الطعام والحماية . ويتم

---

(١) www.atfal.org.

وكذلك Trafficking in persons report - June 2004 - op - cit - p.17

التجنيد إما حسب نص قانونى ، وإما بالغواية أو الخطف أو تحت ضغط الحاجة. وعادة ما يشترك هؤلاء الاطفال فى الحروب الاهلية وفى الجماعات المسلحة غير النظامية اكثر من اشتراكهم فى الحروب بين الدول أو فى الجيوش النظامية .

وتتمثل الآثار الضارة لذلك فيما يلى :

أ- القتل والتشويه العضوى والإعاقة . وإذا كان القتل يخلص هؤلاء الاطفال من المستقبل المظلم ، فالتشويه والإعاقة يجعلهم فى حالة عجز دائم عن ممارسة أبسط حقوقهم الطبيعية إلا وهو الحق فى الحياة . اضف إلى ذلك استعمال اسلحة الدمار الشامل، كاليورانيوم المستنفد فى الحروب ، التى هى السمة الرئيسية فى حروب الدول المتقدمة مع الدول النامية التى تعد مجالا خصبا لتجربة هذه الاسلحة ومدى فاعليتها ، من شأنه أن يؤدى ، بجانب ازهاق الآلاف من الأرواح، إلى التلوث البيئى الخطير وما يخلفه من امراض مزمنة لسنوات وأجيال طويلة .

ب- التشويه النفسى للاطفال : إذ يتعرض هؤلاء الاطفال لضغوط نفسية نتيجة المشاركة فى هذه الحروب ، أيا كانت صورة هذه المشاركة ، مما يعرضهم فى النهاية إلى تبلد حسى ونزعه عدوانية. كما يتعرض الاناث اللاتى يجبرن على ممارسة الجنس مع المقاتلين إلى انحراف فى السلوك وينتهى بهن الحال عادة إلى احتراف الدعارة ، بالإضافة للآثار المدمرة للاغتصاب والحمل دون زواج والإصابة بالإمراض الخطيرة الناتجة عن تلك الممارسات السيئة ، ناهيك عن وصمة الاغتصاب الجنسى التى تظل تلازمهم طوال حياتهم .

جـ- إضطرار الأطفال فى كثير من الاحيان إلى ترك منازلهم أو النزوح الجماعى والعيش فى مخيمات فى ظل ظروف استثنائية مما يفقدهم الحياة العادية والطبيعية. وتتمثل هذه الظروف فى نقص أو سوء التغذية وسوء الخدمات الصحية والنظافة مما قد يؤدى إلى المجاعة وانتشار الاوبئة والأمراض وارتفاع معدل الوفيات خاصة من الاطفال لعدم قدرتهم على التحمل .

د- ومن اخطر آثار الحروب على الاطفال التوقف عن التعليم الذى يعد أهم عناصر رأس المال البشرى ، نتيجة لتدمير المدارس أو النزوح الجماعى من موطنهم ، أو الانفصال عن اهلهم أو تشردهم وتعذر الاستدلال عليهم .

ولذلك تحاول المنظمات الدولية إيجاد حلول لمثل هذه المشاكل التى يتعرض لها الاطفال ، والوصول إلى اتفاقيات متعددة تحمى حقوقهم وتجرم كل صور الاعتداء الجسدى والنفسى عليهم ، والبحث فى صور واشكال الرعاية الاجتماعية والصحية والتعليمية التى يحتاجونها وغيرها من الامور . وبالرغم من هذه الجهود الدولية إلا انها لا تخرج عن كونها مجرد توصيات ليس لها الطابع الالزامى . بل ولا تلتفت إليها الدول المتقدمة فى حروبها مع غيرها من الدول الاخرى . وخير دليل على ذلك الآثار المدمرة للحرب الامريكية فى العراق وافغانستان ...... وعدم قدرة المنظمات الدولية على حماية الاطفال من ويلاتها .

هـ- فى اثناء وبعد الحروب تصبح الفرصة مهيئة لعصابات الاتجار فى البشر لاستغلال النساء والأطفال فى هذه التجارة تحت

وطأة الظروف الصعبة وفقدان العائل والمورد والامان والاستقرار والمستقبل .

هذا وقد بينت منظمة العمل الدولية اشكال المعاملة السيئة للأطفال فى المادة الثالثة من الاتفاقية رقم ١٨٢ لسنة ١٩٩٩ والتوصية رقم ١١٩٠ ، وحددتها بأربع مجالات هى:

١- كافة اشكال العبودية أو ما يشابهها ، مثال ذلك البيع والاتجار فى الاطفال ، مقابل ديون debt bondage ، والعمل القسرى أو بالإكراه ، والتجنيد بالإكراه للأطفال لاستخدامهم فى المنازعات المسلحة .

٢- استخدام الاطفال فى الاستغلال الجنسى والدعارة ، أو لإنتاج إعمال أو عروض اباحية pornography .

٣- استخدام الاطفال فى القيام بأنشطة غير مشروعة ، وخاصة فى الانتاج والاتجار بالمخدرات وذلك وفقا لما حددته المعاهدات الدولية فى هذا الصدد .

٤- الاعمال التى ، بطبيعتها أو بسبب الظروف التى تمارس فيها ، تضر بصحة الاطفال أو سلامتهم أو اخلاقهم .

هذا ونلاحظ أن هذه الاعمال التى حددتها الاتفاقية ، باعتبارها من اسوأ اشكال عمالة الاطفال ، لا ينبغى نعتها بوصف "العمل" وبخاصة ما يتعلق منها بالدعارة والاستغلال الجنسي وإنتاج الاعمال الاباحية، لأنها تحط من قدر العمل وتشوه المفهوم الحقيقى له . فاعتبار الدعارة شكلا من اشكال العمل يضفى صفة الشرعية على نشاط ينبغى تحريمه، ويتناقض تناقضا اساسيا مع الروح

الحقيقية للاتفاقية. ولذلك فان دعارة الاطفال والاتجار بهم هما شكلان معاصران من اشكال الرق وينبغى عدم اعتبارهما بمثابة عمل [1].

٩- هـ - الانشطة المشروعة بطبيعتها :

والاتجار فى الاطفال قد يتعلق باستخدامهم فى اعمال مشروعة بطبيعتها ، لكنها لا تخلو مع ذلك من مخاطر على الصحة الجسدية والنفسية للاطفال .

<u>فعمالة الاطفال</u> – دون الاستغلال الجنسى – التى نقصدها هنا تتعلق بالعمل فى قطاعات مشروعة من حيث طبيعتها ، وغير مشروعة بالنسبة لفئة العاملين بها وهم الاطفال .

وقد ورد فى التقرير العالمى لمنظمة العمل الدولية، بشأن المبادئ والحقوق الاساسية فى العمل لعام ٢٠٠٢ ، أن تقديرات عمل الاطفال يبلغ ٣٢٥ مليون طفل تقريبا ، من بينهم ١٨٧ مليون طفل تتراوح اعمارهم بين ٥ – ١٤ سنة ، وان ٨ مليون طفل يمارسون الدعارة والسخرة أو ينخرطون فى النزاعات المسلحة .

وتدل الاحصاءات الصادرة من المنظمات الدولية والاقليمية أن نسبة عمالة الاطفال فى الدول النامية قد بلغت ٩٠% من مجموع الاطفال العاملين فى العالم . وان ٧٠% منهم يعملون فى القطاع الزراعى وصيد الاسماك والصناعات التحويلية وتجارة الجملة والتجزئة والمطاعم والفنادق والخدمات المنزلية والنقل والتخزين

---

(١) مؤتمر العمل الدولى ، الدورة ٨٧ ، سنة ١٩٩٩ ، جنيف ص ٦٢ .

والمواصلات والمناجم والمحاجر ودباغة الجلود وصناعة الزجاج وغيرها من الاعمال الاخرى.

بل لوحظ فى بعض دول اسيا أن الاطفال فى سن الخامسة يعملون فى مصانع صغيرة للسماد من السادسة صباحا حتى السابعة مساءا فى مقابل ٢٠ سنتا فى اليوم ($\frac{١}{٥}$ دولار) ، وكذلك فى مصانع للملابس، وذلك تحت ظروف عمل صعبة سواء من حيث عدد الساعات أو الاكل أو النوم .

<u>اسباب عمل الاطفال</u> : يأتى فى المقام الاول انتشار الفقر وسوء الظروف الاقتصادية ، مما يدفع الاطفال إلى الانخراط فى سوق العمل فى سن مبكر مساهمة منهم فى تحسين ظروف الأسرة أو كمصدر اساسى لدخل الأسرة فى الغالب من الاحيان . كما أن فقدان العائل والهجرة والاخفاق أو التسرب من التعليم تعتبر من الاسباب الرئيسية لعمل الاطفال خاصة فى الدول النامية . ففى الهند تتراوح النسبة ما بين ٥% : ٣٠% من ٣٤٠ مليون طفل تحت سن ١٦ ينخرطون فى سوق العمل وخاصة فى مصانع السجاد .

وفى افريقيا يعمل اكثر من ٢٠% من الاطفال ، وفى امريكا اللاتينية بلغت النسبة ما بين ١٠% : ٢٥% .

وهناك عدة عوامل اخرى تشجع على استمرار هذه الظاهرة: فالأطفال يمثلون عمالة رخيصة لأصحاب الاعمال حيث يحصلون على اجور زهيدة بالمقارنة بغيرهم من البالغين الذين يعملون فى نفس المجالات . كما انهم لا يكلفون اصحاب الاعمال أى نفقات اضافية من حيث التأمينات أو توفير أماكن مناسبة للعمل . اضف

إلى ذلك انهم من الصغر بحيث لا يطلبــون أى حمايـــة أو تـــأمين صحى أو اجتماعى أو رعاية أو سكن أو تغذية...

٩- د- احصائية عن عمالة الاطفال فى بعض الدول :

ويوضح الجدول التالى عدد الاطفال الذين يعملون فى عـــدة دول على سبيل المثال :

الدولة	عدد الاطفال	عدد العاملين
١- الصين	٣٤٠ مليون طفل تحت سن ١٦	
٢- الهند	٣٤٠ مليون طفل تحت سن ١٦	١٩٨٧: ٨٨ ١٧,٥ مليون (وزارة العمل) (١٩٨٧-١٩٨٨) ١٩٩٤ ١٠٠ مليون
٣- اندونيسيا	٦٩ مليون تحت ســن ١٦	١٩٩٤ ٢,٣ مليون
٤- باكستان	٦٢ مليون تحت ســن ١٦	٩٠ - ٩١ ٢ مليون ٩٣ (١٠ - ١٤ سنة) ٧,٥ مليون ٩٤ (تحت ١٥) ١٩ مليون
٥- الولايات المتحدة	٦٠ مليون تحت ســن ١٦	١٩٩٣ ٥,٥ مليون
٦- البرازيل	٥٥ مليون تحت ســن ١٦	١٩٩٤ سن ١٠-١٣ ٢ مليون ١٩٩٤ ٧ مليون
٧- نيجيريا	٥٠ مليون تحت ســن ١٦	١٩٩٤ ١٢ مليون

٨- بنجلاديش	٤٩ مليون تحت سن ١٦	١٩٩٠ (١٠-١٤) ٥,٧ مليون ١٩٩٣ ١٥ مليون
٩- المكسيك	٣٥ مليون طفل	١٩٩٣ (١٢-١٤) ١,٣ مليون
١٠- روسيا	٣٥ مليون	
١١- ايران	٣٠ مليون	
١٢- فيتنام		
١٣- الفلبين	٢٧ مليون	١٩٩١ (١٠-١٧سنة) ٢,٢ مليون ١٩٩٤ ٥ مليون
١٤- مصر	٢٥ مليون	١٩٩١ (تحت ١٥ سنة) ٠,٤ مليون ١٩٨٨ (٦-١٤) ١,٤ مليون

المصدر : www.unicef.org.

- Children pay high price for cheap labour

٩- هـ- تطبيق على مصر:

وما يعنينا فى هذا المجال تحديد عمالة الاطفال فى الدول العربية، خاصة فى مصر. حيث تعانى مصر من الكثافة السكانية الكبيرة التى هى السبب الرئيسى ، وان لم يكن الوحيد ، للعديد من المشكلات الاقتصادية التى يعانى منها الاقتصاد المصرى . فتدل الاحصائيات أن تعداد السكان في مصر قد قارب ٧٠ مليون نسمة وفى ذات الوقت توجد العديد من الموارد والثروات الطبيعية غير المستغلة على افضل وجه . ومن ثم تتزايد بصورة واضحة ظاهرة انخفاض مستوى المعيشة والبطالة.

وفيما يتعلق بعمالة الاطفال فى مصر تدل الاحصائيات

الرسمية أن حوالى مليون طفل مصرى يعملون فى القطاع الزراعى وذلك وفقا لوزارة الشئون الاجتماعية المصرية .

كما أن وزارة الصحة المصرية اشارت إلى أن حوالى ٢ مليون طفل مصرى ما بين سن ٦ : ١٥ سنة ينخرطون فى سوق العمل .

فاذا نظرنا إلى أن اجمالى عدد السكان فى مصر سنة ٢٠٠٠ بلغ ٦٧,٢٢٦,٠٠٠ نسمة ، وعدد السكان تحت سن ١٨ سنة بلغ ٢٨,٧٤٥,٠٠٠ نسمة، لتبين لنا أن حوالى ٤٠% من عدد السكان من الاطفال ، ولادركنا مدى خطورة عمالة الاطفال على الاقتصاد المصرى فى المستقبل القريب .

ويحدد الجدول التالى عمالة الاطفال فى مصر :

اجمالى عدد السكان : ٦٧,٢٢٦,٠٠٠

اجمالى عدد السكان تحت سن ١٨ سنة : ٢٨,٧٤٥,٠٠٠

عمالة الاطفال سنة ٢٠٠٠ [١] ١٠ – ١٤ سنة ٧٥٢,٠٠٠

يمثلون ٩,٢٥%

عدد الاناث ٢٧١,٠٠٠

عدد الذكور ٤٨١,٠٠٠

ويستأثر قطاع الزراعة بـ٧٨% من عمالة الأطفال ، وهذا يفسر أن مستوى عمالة الاطفال فى المناطق الريفية تتزايد بنسبة كبيرة عن المناطق الحضرية .

---

(١) منظمة العمل الدولية

Worst forms of child Labour Data - Egypt STAT Working paper.

وجدير بالذكر أن عمل الاطفال فى القطـــاع الزراعـــى، أو مصانع السجاد ، أو اعمال البناء وورش اصلاح السيارات ، يتم فى ظروف صحية وبيئية سيئة للغاية، اضف إلى ذلك أن العمل فى هذا السن الصغير يحرم هؤلاء الاطفال من التعليم .

ولا يستخدم الاطفال اقل من ١٨ سنة فى الجيش المصرى ، إذ حدد القانون المصرى سن التجنيد بـــ١٨ سنة .

وفيما يتعلق بالاتجار فى الاطفال فى مجال البغاء والإباحية ، فان تقريرا من سفارة جمهورية مصر العربية فى بـــانكوك بتايلنـــد وضح أن هناك حوالى ٥٤٢ حالة تمثل الاستغلال الجنسى للأطفال فى الفترة ما بين ١٩٩٣ : ١٩٩٥ ، وان ٢٠% من ضـــحايا هـــذه الحالات تحت سن ١٨ سنة [١] .

كما أن سفارة مصر فى ستوكهولم بالـــسويد اوضـــحت أن الاحصائيات الرسمية للاستغلال الجنسى للأطفـــال فـــى مـــصـــر ١٩٩٥ : ١٩٩٦ تشير إلى أن هناك حوالى ٦٧ : ١٠١ حالة فقط ، وان هذا العدد يمثل ٠,٦% : ٢،٢ % من اجمالى جرائم العنف الذى يقع على الاطفال.

ويمكن إرجاع سبب انخفاض مستوى الاســـتغلال الجنـــسى للأطفال فى مصر إلى حد الندرة إلى التعاليم الدينية الصارمة فـــى هذا الصدد ، وكذلك إلى العادات والتقاليد الراسخة ضد مثل هـــذه الممارسات . فالأسرة المصرية ترفض عمل الاطفال فى مجـــالات

---

(١) Worst Fortns of child labour - Egypt - Global Against child labour - http://www.globalmarh.org

الاستغلال الجنسي ايا كانت صورته ، وأيا كان العائد المتوقع منه ، وأيا كانت المميزات المرجوه من ورائه . وفي نفس الوقت تقبل عمل اطفالها في المجالات الاخرى التي تعد من وجهة نظرهم مجالات شريفة ومشروعة ما دام انها لا تمس العرض أو الشرف .

وأهم هذه المجالات على الاطلاق هي:

- **جني القطن** : بالرغم من أن قانون الطفل قد حدد سن ١٢ عاما كحد ادنى لعمل الاطفال في المواسم الزراعية ، إلا أن الغالبية من الاطفال الذين يعملون في تنقية دودة القطن اقل من ١٢ سنة ، وعادة ما يكونون في سن ٧ أو ٨ سنوات . ويعمل هؤلاء لفترة زمنية طويلة تمتد من الساعة ٧ صباحا وحتى الساعة ٦ مساءً يوميا ويتعرضون للضرب والأذى [١] .

ويتعرض هؤلاء الاطفال كذلك للعديد من المخاطر الصحية والأمراض نتيجة لنزولهم الحقول بعد رش المبيدات القاتلة لدودة القطن مما يجعلهم فريسة لخطر الاختناق والتسمم .

ولقد بلغ عدد من يعملون في مجال جني القطن من الاطفال حوالي ١,٢ مليون طفل سنة ٢٠٠١ .

- **المصانع الالكترونية** .
- **دبغ الجلود** : يمثل الاطفال ٢٥% من قوة العمل في دبغ الجلود في مصر القديمة، وان متوسط عمر هؤلاء الاطفال هو ١٢ سنة تقريبا (ILO)، يعملون لمدة ١٣ ساعة يوميا.
- **اطفال الشوارع** : تدل احصائيات المنظمات غير الحكومية على

---

(١) HRW, World Report, 2001, www.globamarch.org.

انه فى سنة ١٩٩٧ بلغ عدد الاطفال تحت سن ١٦ عامـا، الـذين يعيشون فى الشوارع ، حوالى ١٠٠٠ طفل وان ٤٢% مـن هـذه النسبة تحت سن ٥ سنوات .

وفيما يتعلق بالمملكة العربية السعودية والكويت فإن عمالـة الاطفال من الوطنيين تكاد تكون معدومـه سـواء فـى الانـشطة المشروعة أو غير المشروعة نظرا لارتفاع مستوى دخل الفرد فيها بالإضافة للقيم الدينية . لكن هذا لا ينفى الممارسات غير المشروعة فيما يتعلق بالأجانب ، وخاصة من جنوب شرق اسيا وجنوب اسـيا وتايلند والفلبين وسيريلانكا الذين يعملون كخدم فى المنازل تحت سن ١٨ سنة [(١)] .

٩- و - احصائية عامة لعمالة الاطفال [(٢)] :

- اجمالى عدد عمالة الاطفال فى العالم :
  - ٢٥٠ مليون طفل ما بين سن ٥ : ١٤ سنة من اجل العيش
  - ٥٠ مليون طفل تحت سن ١٢ سنة يعملون فى ظروف خطيرة .
- نسبة عمالة الاطفال فى بعض الدول من سن ١٠ : ١٤ سنة

ويوضح الجدول التالى هذه النسب ومجالات عمل الاطفال:

(1) www.globalmarch.org. Kuwait - Saudi Arabia
NGO National governmental Organizations.
(2) Worst forms of child Labour Data.

الدولة	النسبة المئوية	مجالات عمالة الاطفال تحت ظروف خطيرة وغير صحية
كينيا	%٤١,٣	المصانع - الأراضى الزراعية - خدم منازل - البغاء - الجيش....................
السنغال	%٣١,٤	
بنجلاديش	%٣٠,١	
نيجيريا	%٢٥,٨	
تركيا	%٢٤	
ساحل العاج	%٢٠,٥	
باكستان	%١٧,٧	
البرازيل	%١٦,١	
الهند	%١٤,٤	
الصين	%١١,٦	
مصر	%١١,٢	
المكسيك	%٦,٧	
الارجنتين	%٤,٥	
البرتغال	%١,٨	
ايطاليا	%٠,٤	

وتدل الاحصائيات على أن ما بين ٧٠٠,٠٠٠ شخص : ٢ مليون من الاطفال والنساء يتّم الاتجار بهم كل سنة عبر الحدود الدولية ويتعرضون للتهديد والتعذيب والانتهاكات للعمل تحت ظروف صعبة. ويجبر بعض الاطفال الذين يصل سنهم إلى ٧ سنوات على العمل فى صناعة الجنس حيث يعانون من الاستغلال والتعسف والتعرض للعديد من الامراض .

وتدل الاحصائية التالية على نسبة الاطفال الذين يعملون فى بغاء الاطفال والجيوش غير النظامية وكخدم منازل .

- **بغاء الاطفال** child prostitution : نسبة الاطفال مليون طفل سنويا، وهى احصائية غير دقيقة نظرا للطبيعة الاجرامية لهذه الاعمال فلا توجد احصائيات حقيقية .

وعادة ما يكون سنهم بين ١٣ : ١٨ سنة وان كان هذا لا يمنع من ممارسة هذا النشاط فى سن اصغر قد يصل إلى ٧ سنوات.

- **الجنود الاطفال** child soldiers : ٣٠٠,٠٠٠ طفل تحت سن ١٨ سنة من الاناث والذكور ينخرطون فى الجيش .

وتبدو المشكلة خطيرة فى افريقيا واسيا ، حيث يستخدم الاطفال كجنود فى عدة دول (الامريكتين - اوروبا - الشرق الاوسط) .

- **خدم المنازل** Domestic child servants : ١٢ : ١٧ سنة وخاصة من الاناث وقد يصل إلى سن ٥ أو ٦ سنوات تحت ظروف صعبة (الضرب - الاهانة والتحرش الجنسى...) .

ثالثا - تجارة الاعضاء البشرية

١٠- مفهوم تجارة الاعضاء البشرية :

يقصد بتجارة الاعضاء البشرية اعمال البيع والشراء للأعضاء البشرية ، كالأنسجة والجلد والدم والكلى .

وقد اعتبر مجلس الاتحاد الاوروبى لسنة ٢٠٠٣ أن الاتجار فى الاعضاء البشرية والأنسجة يعد من قبيل الاتجار فى البشر لأنه

يمثل انتهاكا اساسيا لحقوق الانسان .

وتشير الاحصائيات إلى أن ٨٦,٠٠٠ امريكـــى ينتظـــرون اعضاء بشرية لاستمرار الحياة ، وان ١٧ منهم يموتون يوميا بسبب حاجتهم لهذه الاعضاء وخاصة الكلى والرئتين (١) .

وتنتشر هذه الظاهرة بشكل اساســـى فـــى الـــصين والهنـــد والاتحاد السوفيتى السابق . ففى الصين يتم بيع اعضاء المسجونين المحكوم عليهم بالإعدام لمن يحتاج إليهـــا مقابـــل ١٠,٠٠٠ دولار للكلية الواحدة. ويأتى المرضى إلى الصين من ماليزيا واندونيـــسيا وسنغافورة . بل ولقد بدأ الصينيون الفقراء فى عـــرض اعـــضائهم البشرية للبيع من خلال شبكة الانترنت . مثال ذلك اعلان بيع كليـــة من انسان حى أو قرنية للعين من شخص ذى صحة جيدة (٢) .

وكذلك الحال بالنسبة للهند حيث ساعد انتشار الفقر وانخفاض مستويات المعيشة على بيع الافراد لأعضائهم ليتمكنوا من العيش . وعادة ما تتم عملية البيع بواســـطة سمـــسار مقابـــل ١٠٠ : ٣٠٠ دولار للكلية ، الذى يقوم ببيعها بعد ذلـــك إلـــى المـــريض بمبلـــغ ٢٥,٠٠٠ دولار. وكذلك الحال بالنسبة للاتحاد الـــسوفيتى الـــسابق، وخاصة اوزبكستان التى تعانى من الفقر الشديد . وقد يصل الامـــر إلى قيام عصابات الجريمة المنظمة بقتل الضحايا مـــن اجـــل بيـــع

---

(١) Crimes of the powerful - Trafficking in Human body parts-Reece Wolters.

(٢) موقع اسلام اون لاين نت – الاخبار – الاحد ٢٩ اكتوبر ٢٠٠٠ – الصينيون يبيعـــون الاعضاء البشرية على الانترنت.

اعضائهم والتربح من ذلك(١).

١٠-أ - تجارة الاعضاء بين العلم والاقتصاد :

ولقد ساهم التقدم العلمى فى مجال الطب والجراحة فى نمو عملية الاتجار فى الجلد والعظام ، الدم ، الاعضاء ، الانسجة ، المخ وغيرها من الصفات الوراثية الاخرى . حيث يصبح هذا العضو بالنسبة للمشترى والبائع هو الفرصة الاخيرة أو السلعة التى تحقق هدفه الاساسى .

ومن وجهة النظر الاقتصادية فإن تجارة الاعضاء البشرية ليس الهدف الاساسى منها الصحة أو الحفاظ على حياة الاشخاص المحتاجين لها ولكن الهدف هو تحقيق الربح ، كما هو الحال بالنسبة لاى تجارة فى الانظمة الرأسمالية الحديثة. كما أن انتشار فكرة حرية التجارة والعولمة قد ساهمت فى زيادة هذه الظاهرة على نحو واسع . وتظهر خطورة هذه التجارة عندما تتم فى صورة جريمة، أى سرقة الاعضاء البشرية من بعض المستشفيات فى

---

(١) انتشر شائعات فى الفترة الأخيرة عن خطف الأطفال وسرقة اعضائهم فى الاردن . فقد اشارت جريدة الاهرام المسائى فى عددها الصادر فى ٢٠٠٤/٥/١٧ . إلى ظاهرة اختطاف وفقدان اطفال من امام مدارسهم وبيوتهم بهدف سرقة متخصصين لاعضائهم البشرية وبيعها . ويؤكد اهالى هؤلاء الاطفال انه يتم اختطاف اطفالهم لفترة وجيزة قبل العثور عليهم بحالة من الوهن الشديد ، حيث يثبت بعد توقيع الكشف الطبى على الحالة بأن الطفل المختطف قد تعرض لعملية باسلوب بدائى تم خلالها سرقة اعضاء بشرية مثل الكلى والقرنيات ، قبل أن تلقى به العصابة قرب أحد المستشفيات . وأن هذه العصابات تتبع مافيا دولية للاتجار بالاعضاء البشرية . وقد نفت الحكومة الاردنية صحة هذه الشائعات .

غياب الرقابة الصحية . كما قد يحدث ذلك بموافقة ناقل العضو تحت ضغط الحاجة والفقر حيث يقوم ببيع اعضائه بمقابل زهيد، مما يعرض حياته للخطر وعدم القدرة على العمل.

ولذلك فهى تعتبر من قبيل الاتجار فى البشر بحثا عن مصدر للدخل للبائع، والربح بالنسبة للوسيط، أما بالنسبة إلى المشترى الاخير فعادة ما يكون الهدف منها هو البقاء على قيد الحياة أو العلاج .

وقد ساهم انتشار ظاهرة العولمة وحرية التجارة فى حدوث العديد من الانتهاكات لحقوق الانسان خاصة بالنسبة للدول التى تعانى من الفقر والمشاكل الاقتصادية والتى أصبحت المخاطب الرئيسى بهذه الاتهامات . إذ يفضل العديد من المستثمرين ، الذين يبحثون عن الربح السريع ، هذه التجارة باعتبارها ارخص السبل لتحقيق هذا الهدف . ويتم ذلك سواء بالاتجار بالبشر ، على نحو ما سلف بيانه، أو الاتجار فى الاعضاء البشرية التى تعرض حياة اصحابها للعديد من المشاكل الصحية أو الوفاة، خاصة إذا تم نزع الاعضاء بعيدا عن أى رعاية صحية أو طبية .

والاتجار فى الاعضاء البشرية ، مثله مثل الاتجار فى البشر، له مناطق استيراد – وهى الدول الفقيرة والتى تعانى من مشكلات اقتصادية وسياسية واجتماعية– ومناطق تصدير ، وهى الدول الغنية المتطورة من الناحية العلمية والطبية ، والتى تستخدم الاعضاء البشرية كذلك فى الابحاث العلمية واختبار مدى صحة النتائج الطبية الناتجة عن هذه الابحاث .

وجدير بالذكر أن اسعار الاعضاء البشرية تتحدد كأى سلعة أخرى بحسب قوى السوق ، أى العرض والطلب .

وهناك إحصائية تؤكد أن ٨٠% [١] من عمليات زرع الاعضاء البشرية فى اسرائيل مصدرها الفقراء فى دول مصر والاردن وفلسطين ، وان ٩% من حوادث اختفاء الاطفال فى الدول

---

(١) مجلة روز اليوسف - ١٩٩٨/٢/١٦ - تقرير توحيد مجدى .

أن صفقات البيع تبدأ بمبلغ وقدره عشرة آلاف دولار امريكى وتنتهى عند ٢٠ الف دولار. وقد اشارت مجلة الشرطة الاسرائيلية فى عددها الصادر يوم الاثنين الاول من ديسمبر ١٩٩٧ إلى أن هناك عدة اجراءات قانونية وطنية يقوم بها المشرف على عملية العصابة الاسرائيلية ، التى تبدأ عادة بتوقيع المصرى المتبرع على مستند يثبت أنه متبرع طواعية بعدها يحضر طبيب اسرائيلى لمستشفى مصرى خاص لفحص المتبرع لبيان مدى صلاحيته للعملية . واشارت المجلة إلى وجود العديد من الوسطاء الاسرائليين فى مصر للقيام بهذه العمليات ، واشارت الجريدة فى عدد ديسمبر ١٩٩٧ كذلك إلى أن عشرة آلاف طفل من مختلف دول العالم ، كانوا محلا للتبنى ، منهم خمسة آلاف من الاردن ، المغرب ، السلطة الفلسطينية ، ومصر . وان معظم هؤلاء الاطفال نقلوا فى البداية إلى البرازيل ، التى اتضح انها محطة غسيل لمصدر هؤلاء الاطفال، قبل أن يصلوا إلى اسرائيل تمهيدا لبيعهم للاسر التى ترغب فى التبنى .

وقد اكدت صحيفة يديعوت احرونوت فى عددها الصادر يوم الاثنين ٣ فبراير ١٩٩٧ أن وزارة الداخلية قد رصدت طريقة حديثة للتجارة فى سوق التبنى وبيع الاطفال فى اسرائيل. حيث يتفق مورد الاطفال فى اسرائيل مع سيدات فقيرات من الدول العربية المجاورة لاسرائيل على مبلغ مالى كبير فى مقابل أن تحمل السيدة منهم ، وخلال حملها يتولى المكتب الاسرائيلى رعايتهن والتكفل بنفقاتهن وقبل الولادة بعدة ايام تسافر الحامل إلى اسرائيل أو لأى بلد حيادى بعيدا عن تل ابيب للسياحة ، ولا يكتب بطبيعة الحال فى جواز سفرها انها خرجت من البلاد حاملا ، وفى اسرائيل أو فى البلد الذى ستلد به تحت اشراف مكتب تجارة الاطفال "الاسرائيلى " تأتيها الام الوضع فيدخلها المكتب إلى المستشفى ، وعندما تلد السيدة تكون الصفقة قد تمت بنجاح بعدها تعود تلك السيدة إلى بلدها ثانية دون الخوف من تعرضها للمساءلة القانونية من اى نوع . وهناك عدة قضايا شهيرة فى هذا الشأن تتمثل فى فضحية بيع اسرائيل لاطفال يهود اليمن فى الفترة من عام ١٩٤٩ إلى عام ١٩٥٤ . والفضيحة التى كشفتها السلطات الرومانية.

العربية يكون وراءها مافيا سوق بيع الاطفال فى اســـرائيل ســـواء للتبنى أو لبيع الاعضاء.

المبحث الثانى

الانعكاسات الاقتصادية لظاهرة الاتجار فى البشر

١١- الصور المختلفة لهذه الانعكاسات :

بالرغم من الجهود الدولية والإقليمية لمحاربة هذه الظاهرة على كافة المستويات ، بل وأكثر من ذلك لمساعدة ضحاياها على استعادة الحياة بصورة مستقرة أو شبه مستقرة ، فلا يخفى على أحد مجموع الاثار الضارة الناتجة عنها فى جميع النواحى السياسية والاجتماعية والأخلاقية والاقتصادية .

وما يهمنا فى هذا المجال هو البحث عن أهم الاثار الاقتصادية الناتجة عن هذه الظاهرة .

وتتمثل هذه الاثار فيما يلى :-

١- تشويه هيكل العمالة .

٢- تشويه هيكل الدخول .

٣- تشويه الوعاء الضريبى .

٤- التأثير السلبى على ميزان المدفوعات وميزانية الدولة .

وسنتناول بالدراسة هذه الآثار كل على حده .

١١-١ - تشويه هيكل العمالة :

إذا كانت الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية قد افرزت ظاهرة الاتجار فى البشر بمختلف انواعها ، فإن اثارها على قوة العمل ومعدلات البطـــالة لا تخفى على أحد . إذ وصلت هذه

الاثار إلى درجة تشويه هيكل العمالة ، وتدمير البنية البشرية الاساسية لكافة المجتمعات التى تعانى من هذه الظاهرة ، خاصة إذا كان الاطفال والنساء محلا لها باعتبارهم يمثلون قوة العمل المستقبلية واستخدامهم فى هذه التجارة يعنى القضاء عليهم بدنيا وذهنيا .

وإذا كانت اقتصاديات الدول تعرف مشكلة البطالة [1] ، فان ظاهرة الاتجار فى البشر تعد احدى صور هذه المشكلة. فهى شكل من اشكال البطالة المقنعة حيث يعمل جزء من القوة العاملة بالفعل ولكن فى انشطة غير مشروعة ، وتحقق دخولا مرتفعة جدا من هذه الانشطة دون أن تدرج بصورة رسمية فى حسابات الناتج القومى .

وإذا كانت الاسباب الرئيسية وراء انتشار هذه الظاهرة تتمثل فى انتشار الفقر والبطالة بصورة اساسية ، فإن اثارها تؤدى إلى تفاقم مشكلة الفقر والبطالة ولا تساعد اطلاقا على حلها .

وتشويه هيكل العمالة يتجسد فى الصور التالية :

أ- **استنزاف وتدمير الموارد البشرية** : تؤدى ظاهرة الاتجار فى البشر ، بالنسبة إلى الدول المصدرة لها ، إلى استنزاف القوة العاملة وتدميرها على مستوى الاطفال والبالغين : فاغراءات الربح السريع والسهل تؤدى إلى التحول من الانشطة المشروعة إلى الانشطة غير المشروعة سواء فى داخل البلاد أو عبر الحدود الوطنية . ولذلك فالهجرة ، بكافة صورها، لا تعمل على التخلص

---

(١) فالبطالة ، تعنى وجود جزء من القوة العاملة لا يعمل بالفعل (البطالة الظاهرة) ، أو يعمل دون أن يضيف عمله شيئا إلى الناتج القومى (البطالة المقنعة) .

من فائض العمالة فى الدول المصدرة لها واستيعابها فى اقتصاديات الدول المستوردة لها ، بل أن مبعثها هو الحصول على ربح سريع ومضمون . وذلك لان هذه السلعة البشرية، موضوع الاتجار فى البشر ، عادة ما تكون قليلة الخبرة والتعليم والكفاءة بحيث لا يكون بمقدورها منافسة العمالة المهنية الماهرة فى الخارج . إذ تتمثل فى فائض العمالة الزراعية فى الريف والاعداد الكبيرة من خريجى المدارس والجامعات فى المدن والذين لم يكتسبوا ، بعد ، خبرة عملية تؤهلهم للتنافس على فرص العمل بالخارج ، حيث يتجه الطلب على العمالة الاجنبية إلى العمالة المهنية الماهرة، والتى هى بطبيعتها نادرة فى الدول ذات الفائض فى العمالة ذاتها [(١)] . اضف إلى ذلك أن هجرة العمالة غير المهنية للاتجار بها يعنى انها هجرة مؤقتة ، وليست دائمة ، تعود بعدها إلى دولها الاصلية وتحمل اقتصاديات الدول المصدرة لها عبئا اضافيا . ومن ثم فان عملية تصدير هذه الفئة لا يعالج الاوضاع المشوهه فى هذه الاقتصاديات بل على العكس من ذلك يزيد من تشويهها.

أما بالنسبة إلى الدول المستوردة لهذه السلعة البشرية ، فإن هذه العمالة المستوردة بقصد الاتجار بها في انشطة مشروعة أو غير مشروعة عادة ما تهدد العمالة الوطنية للدولة المستوردة . حيث يندفع اصحاب الاعمال إلى تشغيل هذه العمالة الرخيصة التى لا تكلفهم نفقات تذكر ، خاصة من الاطفال ، على حساب العمالة

---

(١) د. محمد محمود غنيمى – فائض العمالة فى الدول النامية – دراسة مقارنة – عالم الكتاب ١٩٨٣ صـــ٣٢٣ .

الوطنية مرتفعة النفقات من حيث الاجور والمطالبة بحقوقها (التأمينات - المعاشات - الرعاية الصحية والاجتماعية) .

فالدول المستوردة للعمالة تستورد ما تحتاج إليه من القوى العاملة من الخارج بدلا من تنميتها محليا . كما أن الاعتماد على العمالة المستوردة يؤدى إلى التأثير سلبيا على العمالة الوطنية وفرص العمل المتاحة لها ، بحيث تنافس العمالة المستوردة العمالة الوطنية فى مجالات يجب أن تقتصر على هذه الاخيرة وحدها ، لأنها لا تحتاج إلى خبرات أو مستوى معين من المهارة الفنية . كما أنها أحيانا أخرى قد تكون مهنا غير مرغوب فيها اجتماعيا ، وخاصة داخل الدول الغنية كدول البترول مثلا . ويترتب على وجود فرصة استقدام عمالة أجنبية للعمل فى هذه المهن أن لا يستفيد المجتمع من التغييرات الاجتماعية التى تحدثها عملية التنمية ذاتها بتغير مفاهيم الناس عن العمل كلما تقدمت عملية التنمية الاقتصادية إلى الامام. وهذا من شأنه أن يصيب سوق العمل بعدم المرونة لرفض فئات معينة الاستجابة للطلب على العمالة فى هذه المجالات المرفوضة اجتماعيا . بل أن استقدام العمالة الاجنبية فى هذه الحالة يعمل على تعميق المفاهيم الاجتماعية الخاطئة عن بعض المهن ، خاصة اليدوية منها [١] .

ولعل خير مثال على ذلك ما هو سائد فى دول الخليج العربى حيث يتم استقدام العمالة من دول جنوب وجنوب شرق آسيا للعمل كخدم للمنازل وسائقين للسيارات.

---

(١) د. محمد محمود غنيمى - مرجع سابق - ص ٣٢٤ .

اضف إلى ذلك أن عمالة الاطفال ، على وجه الخصوص ، قد تؤثر سلبا على الحالة الاقتصادية العامة لبلد من البلاد ، حيث تزداد حالة البطالة بين البالغين ويأخذ الاطفال فرص عملهم ويبقى هؤلاء الشباب دون عمل مما قد يؤثر على سلوكياتهم بما يستتبعه ذلك من انعكاسات سلبية على المجتمع وتقدمه من جميع الجوانب[١].

فتشويه هيكل العمالة يشمل ، إذاً ، الدول المصدرة والدول المستوردة لهذه السلعة البشرية على السواء . والقول برجوع هذه العمالة إلى الدولة المصدرة لها من شأنه أن يعيد هذا الهيكل إلى وضعه الصحيح هو قول تعوزه الدقة ، خاصة إذا ادركنا أن هذه القوة تعود مدمرة ومشوهة على المستوى النفسى والعضوى . فبدلا من أن تكون مصدراً لزيادة الموارد فى الدولة تصبح عبئا عليها لما تحتاجه من نفقات علاج نفسى وعضوى على السواء . فعودة هذه العمالة تزيد من تشويه هيكل العمالة ولا تصحح منه .

ب- ارتفاع معدلات البطالة : يترتب على انتشار ظاهرة الاتجار فى البشر ، باعتبار انها عمالة غير مشروعة وغير مسجلة فى الاحصاءات الرسمية للدولة ، ارتفاع معدلات البطالة المعلنة. حيث تغالى الاحصاءات الرسمية فى اعلان معدلات مرتفعة للبطالة عن المعدلات الحقيقية لها ، مما قد يؤثر فى السياسات الاقتصادية التى تتخذها الدولة حيالها. ويؤدى عدم احتساب بعض الفئات – التى

---

(١) ظاهرة عمالة الاطفال – التحليل السوسيولوجى لظاهرة عمالة الاطفال فى مصر – وحدة البحوث والتدريب – قسم الاجتماع – كلية الآداب – جامعة الاسكندرية – تحت اشراف د. احسان محمد حفظى ٢٠٠٣ – ص ٦٨ .

تحصل على دخول من الانشطة التى تمارسها بصورة غير مشروعة أو غير معلنة- ضمن الفئات العاملة فى المجتمع واعتبارها فى حالة بطالة ، على خلاف الحقيقة، إلى اعلان معدل مرتفع للبطالة . وهو من الامور الهامة والحيوية من الناحية الاقتصادية والسياسية (١) .

فهؤلاء الضحايا ، كما ذكرنا من قبل ، يعملون بصورة غير رسمية وغير معلنة مما يعنى انهم لا يحسبون ضمن القوة العاملة فى الدولة ولا تسجل دخولهم فى الاحصاءات الرسمية للدخل القومى، على ما سلف بيانه ، ومن ثم فإنهم يدخلون فى عداد البطالة.

فعلى سبيل المثال ، تشير بعض التقديرات فى مصر إلى أن معدلات البطالة تضم نسبة كبيرة من خريجى الجامعات والمعاهد الفنية ومدارس التعليم الفنى ، هذا بالاضافة إلى نسبة معينة من المتسربين من النظام التعليمى ، ومع ذلك فإنه يمكن القول بأن هناك نوعا من المبالغة فى هذه الارقام لان جانبا لا بأس به من هؤلاء يعملون بالفعل فى الاقتصاد الخفى من خلال سوق العمل غير المنظم (٢) .

اضف إلى ذلك أن هجرة العمالة المصرية إلى الخارج لا يحل من مشكلة البطالة فى مصر . فعدد العاملين المصريين فى الخارج قد تجاوز المليونى عامل بكثير ، ولا يمكن - مع ذلك -

---

(١) د. صفوت عبد السلام عوض الله - مرجع سابق - ص٥٧ ، ص ٥٨ .

(٢) د. صفوت عبد السلام - مرجع سابق - ص ٥٨ ، د. محمد ابراهيم طه السقا - الاقتصاد الخفى فى مصر - مكتبة النهضة المصرية ص ٦١ .

اعتبارها عمالة فائضة فى مصر بدليل مظاهر العجز فى الكثير من مجالات العمل المصرية . كما أنها تضم فى العديد من الحالات خير العناصر المصرية فى مجالها . وانتقال هذا العمل الكفء ناتج فحسب عن الضغوط التضخمية الداخلية المتزايدة فى مصر . معنى ذلك ، أن حركة انتقال الاشخاص هذه تمثل انتقاصا من الامكانيات التى يجب الحرص عليها من اجل التنمية الاقتصادية والاجتماعية(١). إذاً ، وعلى عكس المتصور ، لا تحل هجرة العمالة الوطنية إلى الخارج ، فى كثير من الحالات ، مشكلة البطالة فى الاقتصاد الداخلى.

كذلك الحال فى الولايات المتحدة الامريكية ، حيث معدل البطالة المعلن رسميا يعتبر مرتفعا بنسبة لا تقل عن ٢% عن المعدل الحقيقى للبطالة . إذ تعمل ربع قوة العمل فى الولايات المتحدة الامريكية فى انشطة الاقتصاد الخفى(٢).

كما تساهم ظاهرة الاتجار فى البشر فى تزايد نسبة الهجرة غير الشرعية أو السفر العشوائى بحثا عن المال وحياة افضل . فدخول هذه العمالة إلى دول اجنبية بصورة غير مشروعة ، – عن طريق استخدام اوراق ومستندات غير رسمية أو مزورة ، أو اعلانات مضللة ...الخ –، خاصة من الدول ذات الكثافة السكانية

---

(١) د. احمد بديع بليح – الاقتصاد الدولى – منشأة المعارف – سنة ١٩٩٠ – صـ٤٣ .

(٢) - Tanzi (Vito), The underground Economy, Finance and Development, December, 1983 pp. 13 - 14 .

- Gutmann., "The subterranean Economy," Financial Analysts Journal, Nov. Dec 1985, pp. 25 - 30 .

العالية والتى تعانى من الفقر والبطالة ، يعنى إقامة غير مشروعة وعملا قسريا بدون عقود تضمن لها حقوقها مما يجعلها فريسة سهلة فى ايدى عصابات الاتجار فى البشر .

وجدير بالذكر أن الدول الاوروبية بعد الحرب العالمية الثانية كانت تشجع الهجرة غير الشرعية من اجل بناء الاقتصاد الاوروبى، إذ كان ذلك يمثل عامل جذب للهجرة غير المشروعة حيث يشارك هؤلاء فى بناء السكك الحديدية والمصانع الكيماوية وغيرها من الانشطة الشاقة والخطيرة مقابل مرتبات ضئيلة وبدون اى ضمانات صحية أو تأمينية .

والآن وبعد نشأة السوق الاوروبية المشتركة والاتحاد الاوروبى اصبحت الهجرة غير الشرعية من أهم الامور التى تسعى تلك الدول إلى التخلص منها لعدم الحاجة لهذه العمالة .

والبيانات غير الصحيحة والمعلومات غير الكاملة عن معدلات البطالة تؤدى إلى عدم التقييم الصحيح للاداء الاقتصادى، ومن ثم إلى تشخيص غير سليم للظاهرة ، وبالتالى إلى اتخاذ اجراءات خاطئة للقضاء عليها . فالاقتصاد الذى يعمل فى مستوى اقل من مستوى التوظيف الكامل - بينما من الناحية الواقعية قد يكون مستوى الناتج المحلى الاجمالى اكبر بكثير من المستوى المسجل ومستوى البطالة الحقيقى اقل من المستوى المسجل - يعنى اتخاذ اجراءات توسيعية اكثر من اللازم لمواجهة هذه المشكلة بما يترتب على ذلك من مضاعفة للآثار التضخمية، على نحو ما سوف نرى .

فلكى تستطيع الدولة أن تتخذ السياسات الاقتصادية اللازمة لمواجهة المشكلات الاقتصادية الخطيرة التى تهدد الاستقرار الاقتصادى، كالبطالة ، يتعين حصول اجهزتها المسئولة عن صنع السياسات الاقتصادية على احصاءات وبيانات سليمة ومطابقة للواقع عن معظم المتغيرات الاقتصادية التى يمكن الاعتماد عليها عند وضع هذه السياسات[١] . فعدم تيقن الدولة واجهزة التخطيط من الحجم المنضبط للقوة العاملة وهيكلها وتوزيعها على الانشطة الاقتصادية المختلفة يجعلها غير قادرة على مواجهة هذه المشكلة على نحو سليم ومنضبط . فارتفاع نسبة البطالة عن معدلاتها الحقيقية مقارنة بحجم الناتج القومى يعنى تخصيص جزء كبير من موارد الدولة لمواجهة هذه المشكلة ، ومن ثم اهدار جزء هام من هذه الموارد فى حل مشكلة وهمية قد تحتاج إلى نصف هذه الموارد لعلاجها على نحو صحيح .

ومن جهة اخرى فبالنظر إلى تجارة البشر ، عادة ما تقوم العمالة الرخيصة ببعض الاعمال القذرة والخالية من الذكاء ، التى تحتاج لمجهود شاق وعدد ساعات عمل طويلة ، ومن ثم فهى لا تعطى فرصة الابداع فى العمل لهذه الفئة. فهى عادة الاعمال والانشطة التى تعزف عنها القوة العاملة الرسمية ، خاصة مع العمل فى ظروف صحية وبيئية سيئة وصعبة . ومن ثم فهؤلاء العمال لا يفقدون كيانهم فقط بل وكذلك امكانية تدريبهم وتأهيلهم .

---

(١) Taniz (vito), The Underground Economy, The Causes and Consequences of the world Wide Phenomenon, Finance and Developoment, vol 20 No4 Dec 1983, p. 12.

فالاستثمار البشرى [1] ، اى استثمار الموارد البشرية، يتضمن الايدى العاملة فعلا وكذلك الايدى العاملة الجديدة التى يمكن أن تدخل سوق العمل . وهى القوة العاملة المزودة بالمهارات والقدرات والامكانيات اللازمة لتأدية العمل بكفاءة عالية. فالهدف من الاستثمار البشرى والمادى هو رفع الطاقة الانتاجية للاقتصاد على نحو ما يجب أن يكون فى ظل التقدم العلمى والتكنولوجى. وعودة هذه العمالة إلى بلادها يجعلها غير قادرة على المساهمة فى العملية الانتاجية التى تحتاج إلى قوة مدربة ومؤهلة علميا وتكنولوجيا فيدفعها ذلك إلى البحث عن اى فرصة عمل تحقق لها دخلا حتى لو كانت هذه الاعمال غير مشروعة . ومن هنا تنتشر صورة اخرى من صور الاتجار فى البشر ، كالعمل فى مجال الاستغلال الجنسى مثلا ، ناهيك عن الاطفال وتدمير القوة العاملة المستقبلية .

أما فيما يتعلق بذلك الجزء من هذه السلعة البشرية الذى يعمل فى انشطة غير مشروعة، فإنه لا يضيف شيئا يذكر إلى الناتج القومى . فهو مجرد عمالة ظاهرية فقط لا يسفر عملها عن خلق سلع أو خدمات ولا يضيف شيئا إلى الناتج القومى . فهى ، إذاً ، نوع من البطالة المقنعة حيث يتبدد جزء هام من القوة العاملة وتستنزف طاقتها فى اعمال لا تفيد الاقتصاد ولا تحقق اى انتاج فعلى . كما أن أى محاولات من قبل الدولة للخروج من هذه الحالة يقابل بالرفض . فمهما حاولت الدولة أن توفر لهذه العمالة العمل الملائم فلا تقبل عليه بالمقارنة بالعائد السريع والكبير من الاعمال

---

(١) د. منى الطحاوى – اقتصاديات العمل – مكتبة نهضة الشرق – ١٩٨٤ – ص ٨٤ .

غير المشروعة [1] . فهى عمالة مشوهه لا تحتاج إلى اى تدريب أو تأهيل فنى معين .

٢-١١ - تشويه هيكل الدخول والتضخم :

قد تؤدى تحويلات عناصر ظاهرة الاتجار فى البشر لدخولهم إلى انتعاش فى الاقتصادى الداخلى ، إلا انه ، فى حقيقة الأمر ، انتعاش كاذب فى الغالب من الاحيان : فهذه الدخول أو الاموال السوداء [2] ، كما يطلق عليها بعض الاقتصاديين، ترتب اثاراً اقتصادية خطيرة إذ تؤدى إلى تمكين الافراد الذين حصلوا عليها من الانتقال من فئة دخلية اقل إلى فئة دخليه اعلى ، عادة ما تكون فئة استهلاكية من الدرجة الاولى . كما أن هذا الامر يدفع الافراد ذوى الدخل المنخفض أو المتوسط إلى قبول العمل فى وظائف واعمال دنيا لا تناظر مؤهلاتهم العلمية الاصلية وذلك للحصول على دخل اعلى فى محاولة لرفع مستوى معيشة اسرهم ، مما يؤدى إلى سوء توزيع الموارد والمهارات فى المجتمع . فمن زاوية توزيع الدخل ، نجد أن متحصلات الافراد من الاعمال "غير الرسمية" وغير المعلنة لها اثار ايجابية فى مجال توزيع الدخول الشخصية القابلة للتصرف ، أما بقية الدخول الخفية والمدفوعات التحويلية التى تتم ضمن اطار

---

(١) وخير دليل على ذلك انتشار ظاهرة "الموديلز" فى الفيديو كليب فى الآونة الاخيرة على كافة الفضائيات العربية والاجنبية .

(٢) د. محمود عبد الفضيل – ابعاد ومكونات الاقتصاد الخفى وحركة الاموال السوداء فى الاقتصاد المصرى – مرجع سابق – ص ٣٩ .

الاقتصاد الخفى فأنها تساهم فى زيادة درجة عدم العدالة التوزيعية للدخول .

بالاضافة إلى ذلك فإن استخدام هذه الاموال فى مجالات الاستثمار المتعددة- وإن حقق زيادة فى الانتاج من السلع والخدمات، ورفع معدلات النمو الاقتصادى وخلق فرص عمل جديدة - ينطلق من باعث غير اقتصادي . بمعنى آخر أن استخدام هذه الاموال فى الاستثمار عادة ما يكون بقصد طمس مصدرها وليس مساهمة فى التنمية الاقتصادية . حيث تظل هذه الاموال تنتقل فى آجال قصيرة من شكل إلى آخر من اشكال الاحتفاظ بالثروة. فهى لا تنعم بالاستقرار ، وتظل فى اغلب الاحوال فى حالة سيولة مرتفعة أو تتركز فى انشطة يسهل تسييلها، مما يجعلها لا تشكل اى اضافة حقيقية للطاقة الانتاجية فى الاقتصاد القومى . بل انها قد تصبح عاملا لدفع قوى المضاربه ، واحداث الضغوط التضخمية [١] .

وتساعد كذلك ظاهرة الاتجار فى البشر على التنامى السريع فى معدلات التضخم مما يؤدى إلى تشويه هيكل الاسعار المحلية . فالاتجار فى البشر من الانشطة التى تدرج فى الاقتصاد الخفى، على نحو ما سلف بيانه ، وهو نشاط يولد دخولا ضخمة بالنسبة لفئة التجار أو الضحايا دون أن يقابلها انتاج يستوعب هذه الزيادة فى الدخول غير الرسمية . ويترتب على ذلك زيادة الطلب على السلع، وخاصة الاستهلاكية ، دون أن يقابلها زيادة فى الانتاج. وهذا ما يؤدى إلى الاختلال بين كمية النقود المتداولة وكمية السلع والخدمات

---

(١) د. صفوت عبد السلام عوض الله - الاقتصاد السرى - مرجع سابق - صـــ٥١ .

المنتجة ينتج عنه اختلال فى قيمة النقود وبالتالى ارتفاع مستوى الاسعار العام ، حيث تتنافس وحدات النقود فيما بينها للحصول على السلع والخدمات .

فزيادة الدخول لهذه الفئة لا يؤدى إلى حالة من الانتعاش الاقتصادى ، كما قد يظن البعض، بل يؤدى إلى ركود اقتصادى خاصة بالنسبة للفئات محدودة الدخل حيث ترتفع الاسعار بنسبة عالية تفوق دخولهم النقدية مما يؤدى إلى تدهور دخولهم الحقيقية . ولا يتبدل الحال كذلك بالنسبة لاصحاب المشروعات . فاذا كان زيادة الطلب تعنى زيادة الاسعار ومن ثم زيادة ارباح المشروعات ، وحدوث نوع من الانتعاش والرخاء الاقتصادى ، إلا أن هذا الأمر ليس صحيحا على اطلاقه . صحيح أنه لو كان الاقتصاد فى مرحلة التشغيل الجزئى فإن الجهاز الانتاجى يتسم بالمرونة ويستطيع أن يستوعب الزيادة فى الطلب على السلع والخدمات دون أن ترتفع الاثمان ومن ثم فزيادة الطلب لا يحدث آثارا تضخمية . لكن هذا يحدث عادة فى الدول الصناعية المتقدمة التى يتوفر لديها ، فى الغالب ، جزءً من الموارد الانتاجية غير مستغل على النحو الأمثل . أما الدول النامية ، المصدرة للسلعة البشرية ، فعادة ما يكون اقتصادها قد وصل إلى مرحلة التشغيل الكامل، ومن ثم فتدفق الدخول يؤدى إلى زيادة الطلب دون أن يقابله زيادة فى الانتاج ، لان جهازها الانتاجى يتسم بعدم المرونة ، وبذلك يتحقق الاختلال بين الطلب الكلى والعرض ولا مفر من ارتفاع الاسعار .

وفى ظل هذه الظروف تحاول المشروعات زيادة طاقتها

الانتاجية عن طريق تشغيل عمال جدد ودفع اجور اضافية ورفع معدلات الاجور القائمة . ومع ذلك فالاجور ترتفع بنسبة اقل من ارتفاع الاسعار وهكذا حتى تتفاقم مشكلة التضخم بآثارها السلبية على تدهور قيمة النقود ليس فقط فى الداخل ، حيث يفقد التعادل بين قوة النقود الشرائية فى الحال وقوتها من قبل نتيجة ارتفاع الاسعار، بل وكذلك فى الخارج . فارتفاع مستوى الاسعار الداخلى بنسبة اعلى من المستوى الخارجى يعنى انهيار الصرف الخارجى بالعملة المتضخمة (١) ، اى انها لا تتبادل إلا بمقدار اقل من ذى قبل من العملات الاجنبية ، بينما يرتفع سعر العملات الاجنبية بالعملة المتضخمة. وعندئذ يكون من صالح الدول الاجنبية التى لم يمسها التضخم أن تستورد من الدولة التى تضخمت عملتها ، وذلك طالما كانت الاسعار الداخلية لم ترتفع بعد بنسبة انهيار الصرف الخارجى. ولكن لا تلبث زيادة الصادرات وقلة الواردات فى تلك الدولة أن ترفعها الاسعار إلى حد كبير يقضى على الميزة التى كانت للاجانب فى الاستيراد منها .

وعلى كل حال ، فإن ارتفاع الاسعار وان كان يمثل عنصر جذب للاستثمارات الاجنبية فى الداخل ، فان استمرار التضخم لابد وأن يدفع إلى هجرة هذه الاموال الاجنبية والوطنية على السواء . وهذا يساهم فى زيادة انهيار قيمة العملة الوطنية فى الداخل وبالنسبة

---

(١) انظر فى ذلك د. مصطفى رشدى شيحه - اقتصاديات النقود والمصارف والمال - دار المعرفة الجامعية ١٩٩٦ - ص ٨١٨ وما بعدها . د. عادل حشيش - اساسيات الاقتصاد النقدى والمصرفى - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٤ - ص٢٨٦ وما بعدها .

للعملات الاجنبية على نحو ما سوف نرى .

۱۱-۳ - التأثير السلبى على ميزان المدفوعات :

تعانى اقتصاديات الدول النامية ، على وجه الخصوص ، من العجز الدائم فى ميزان المدفوعات [(١)] . وتحاول هذه الدول ، بصورة مستمرة ، تخفيف حدة هذا العجز بالتدخل المباشر فى عمل قوى السوق[(٢)] ، سواء بصورة مؤقتة أو بصورة دائمة .

وقد يتبادر إلى الذهن أن ظاهرة الاتجار فى البشر تساهم بصورة أو بأخرى فى علاج هذا الاختلال فى ميزان المدفوعات بالنسبة للدول المصدرة للظاهرة والتى هى عادة دول نامية ، على النحو السالف ايضاحه .

---

(١) العجز الدائم فى ميزان المدفوعات يعنى نقصا مستمرا فى أصول الدولة مقيدة الاجل وزيادة مستمرة فى حصولها من هذا النوع . ولا يمكن للدولة أن تسمح باستنزاف مواردها من العملات الاجنبية والذهب، وهى الموارد التى تحتاجها دائما لتغطية ما قد تتعرض له من عجز مؤقت أو عارض فى ميزان مدفوعاتها، أو بالاستمرار بلا حدود فى الاقتراض لاجل قصير ، أو بتراكم ديونها التجارية الخارجية ، أو بتلقى المعونات سنويا من الدول الاجنبية تهدف تغطية العجز فى ميزان المدفوعات .

لمزيد من التفاصيل انظر د. احمد جامع – العلاقات الاقتصادية الدولية – دار النهضة العربية – ۱۹۸۰ صـــ٢٢٩

(٢) حيث تلجأ السلطات العامة فى الدولة إلى العديد من السياسات لعلاج اختلال ميزان المدفوعات . وهناك سياسات مباشرة مثل الرقابة على الصرف ، والقيود الكمية (نظام الحصص) والضرائب الجمركية. وسياسات غير مباشرة مثل تقديم الدعم أو الاعانات للتصدير ..الخ كما يمكن للدولة أن تلجأ إلى تخفيض سعر الصرف كعلاج للعجز فى ميزان مدفوعاتها .

انظر د. احمد جامع – مرجع سابق – ص ٢٦٩ : ص ٢٧٩ ، د. زينب عوض الله – الاقتصاد الدولى– دار الجامعة الجديدة – سنة ٢٠٠٤ – ص ٨١ .

إلا أن هذا القول غير صحيح على اطلاقه : فالدول النامية تعانى من عدم مرونة جهازها الانتاجى وعدم قدرته على استيعاب الزيادة فى الطلب على السلع الاستهلاكية والانتاجية على السواء . فتحويلات العمالة المهاجرة من النقد الاجنبى إلى دولها الاصلية ، وإن كان يساعد حكومات هذه الدول فى الحصول على النقد الاجنبى الذى يساعدها فى التغلب على الاختناقات فى عرض العملات الاجنبية ، يصعب اعتبارها مصدرا للاستثمار يمكن الاعتماد عليه فى ضوء عدم استقرار الطلب الخارجى . بل أن هذه التحويلات تساهم ، بصورة أو بأخرى ، فى زيادة معدلات التضخم [1] .

فتحويلات هؤلاء المهاجرين لذويهم يعنى زيادة الطلب على السلع الاستهلاكية دون أن يقابله زيادة مساوية له فى الانتاج . فكما ذكرنا تعانى الدول النامية من عجز فى مواردها الاقتصادية والتكنولوجيا الحديثة مما يؤدى إلى زيادة حجم الاستيراد من السلع الاستهلاكية لسد حاجات الطلب الداخلى . وزيادة الاستيراد بنسبة تفوق التصدير يعنى حدوث عجز اضافى فى الميزان التجارى[2].

---

(١) د. محمد محمود غنيمى – فائض العمالة فى الدول النامية – عالم الكتب – ١٩٨٣ – صـ٣٢٨ .

(٢) ولا يعتبر الميزان التجارى غير الموافق علامة على سوء الاحوال دائما فقد يكون ميزان تجارى غير موافق علامة على سعى الدول للتقدم فقد تستورد اكثر مما تصدر لتحويل مشاريع التنمية الاقتصادية. كما نلاحظ العديد من الدول الصناعية الكبرى ذات ميزان تجارى غير موافق وتعتمد تلك الدول فى تشويه هذا العجز على ايراداتها الاخرى مثل الخدمات والفوائد والارباح عن رؤوس اموالها المستثمرة فى الخارج.

د. زينب عوض الله – د. مجدى شهاب – الاقتصاد الدولى – مركز الكتاب المدعم – ٢٠٠١ ص٢٣٨.

وبما أن مدفوعات الدولة تتم بالنقد الاجنبى فإن هذا يعنى زيادة الكمية المطلوبة من النقد الاجنبى على الكمية المعروضة منه . وكل هذا يؤدى فى ظل سياسة تعويم العملات، أو تعويم سعر الصرف،[1] إلى تخفيض قيمة العملة المحلية - بالنسبة للعملات الاجنبية - اى خفض سعر صرف العملة المحلية ومن ثم خفض قوتها الشرائية فى الخارج .

ويرى البعض [2] أن هذا التخفيض فى قيمة العملة المحلية يؤدى إلى موازنة الميزان التجارى لانه يشجع التصدير ويقلل الاستيراد . فالتخفيض يساعد التجار فى الخارج على الاستيراد لأنهم يدفعون فى السلعة اسعاراً أقل من سعر السلعة فى الخارج ، بينما لا يشجع الاستيراد من الخارج لان التاجر المحلى يدفع فى السلعة اسعارا اعلى من ذى قبل[3] .

---

(١) توحد اسعار الصرف المعومة فى ثلاث صور مختلفة ، تعويم تام أو نقى حيث لا يوجد اى تدخل من جانب السلطات النقدية متمثلة فى البنك المركزى فى اسواق الصرف . وتعويم مختلط أو غير نقى ، وفيه تتدخل السلطات النقدية بغرض التخفيف من حدة التقلبات فى سعر الصرف . واسعار صرف متدرجة التغيير ، والتى يسمح لها بالتحرك إلى اعلى والى اسفل بدون رابط باستثناء انه يوجد قيد على مقدار التحرك المسموح به . د. زينب عوض الله - مرجع سابق - ص ٤٨ .

(٢) د. زينب عوض الله - د. مجدى شهاب ، مرجع سابق - ص ٢٦٠ .

(٣) تخفيض سعر العملة الوطنية يرفع من سعر العملة الاجنبية فيؤدى ذلك إلى خفض حجم الواردات أو زيادة حجم الصادرات أو الاثنين معا ، ذلك أنه بجعل السلع الاجنبية اكثر ارتفاعا من ثمنها مقوما بالعملة الوطنية ، وثمن السلع الوطنية اكثر انخفاضا فى الاسواق الخارجية . وعلى العكس من ذلك رفع سعر العملة الوطنية يعنى خفض سعر العملة الاجنبية بالنسبة للعملة الوطنية ، وهذا يعمل على زيادة حجم الواردات أو خفض حجم الصادرات أو الاثنين معا .
د. احمد بديع بليح - مرجع سابق - ص ٧٧ .

وبتعبير آخر إذا كان سعر الصرف اعلى من المستوى الذى يتفق مع الاثمان السائدة فى الداخل فإن ذلك يؤدى إلى ظهور عجز فى ميزان المدفوعات . وعلى العكس من ذلك إذا تم تحديد القيمة الخارجية لوحدة النقد الوطنية عند مستوى اقل مما يتفق مع مستويات الاثمان السائدة فى الداخل فى علاقاتها بالاثمان فى الخارج، فإن ذلك يؤدى إلى ظهور فائض فى ميزان المدفوعات (١).

إلا أن هذا القول لا ينطبق على الدول النامية التى تتسم بعدم مرونة الانتاج الداخلى من السلع والخدمات القابلة للتصدير . اضف إلى ذلك أن هذه الدول تعتمد فى الانتاج على استيراد المواد الاولية والتكنولوجيا اللازمة للقيام بالعملية الانتاجية مما يعنى زيادة تكلفة الانتاج نتيجة خفض سعر صرف عملتها المحلية . هذا فضلا عن أن انخفاض حجم الصادرات من الدول النامية بالنسبة للناتج القومى يرجع إلى سياسة معينة تنتهجها الدول الصناعية تجاه زيادة صادرات الدول النامية . فهى غالبا ما تضع العقبات والقيود فى سبيل تقليل حجم الواردات من الدول النامية لحماية انتاجها المحلى ، وذلك عن طريق فرض ضرائب جمركية عالية جدا على السلع الصناعية وضرائب جمركية منخفضة جدا على المنتجات الاولية بقصد حماية انتاجها المحلى الذى يعتمد على المواد الاولية من الدول النامية (٢) .

علاوة على ذلك ، فإن انخفاض سعر صرف العملة المحلية

---

(١) د. زينب عوض الله – مرجع سابق – ص ٧٣ .

(٢) د. محمد غنيمى – مرجع سابق – ص ٣٥١ .

يؤدى إلى هجرة رؤوس الاموال الاجنبية الموجودة داخل الدولة إلى الخارج خوفا من تدهور قيمتها وفى نفس الوقت يمنع استيراد رأس المال من الخارج . وخوفا من التدهور المستمر فى سعر صرف العملة المحلية وفقدان الثقة فيها تتدخل السلطات النقدية فى الدولة بتحديد سعر صرف ثابت مرتفع لعملتها المحلية مما يساعد على خلق السوق السوداء للعملة . حيث يصبح للعملة سعران ، سعر رسمى مرتفع وسعر فعلى آخر منخفض يتحدد بتلاقى قوى العرض والطلب على العملة المحلية والاجنبية . وكل ذلك يساهم فى زيادة الاختلال فى ميزان مدفوعات الدولة .

وأخيرا فإن اعتماد اسر المهاجرين على التحويلات النقدية من ذويهم يدفعهم إلى البقاء دون عمل حيث يعتمدون على هذه التحويلات فى معيشتهم . ومن ثم يزداد الطلب الاستهلاكى وتنخفض انتاجية القوة العاملة . وإذا اتجهت هذه التحويلات نحو الاستثمار فهذا يتم غالبا فى مجالات استهلاكية غير انتاجية لا تزيد من الطاقة الانتاجية لهذه الاقتصاديات .

خلاصة القول أن استخدام تحويلات المهاجرين ، الناتجة من ظاهرة الاتجار فى البشر فى داخل اقتصادهم الاصلى ، سواء تم فى مجالات الاستهلاك أو الاستثمار يؤدى إلى تفاقم العجز فى ميزان المدفوعات وانخفاض سعر الصرف وزيادة الموجات التضخمية فى الاقتصاد الداخلى .

١١- ٤ - تشويه الوعاء الضريبى : الوعاء الضريبى الظاهر والوعاء الضريبى الخفى :

من أهم الآثار السلبية التى تترتب على انتشار ظاهرة الاتجار فى البشر هو حصول بعض الافراد على دخول دون دفع أى ضرائب عنها، مما يشكل اخلالا بقاعدة العدالة الضريبية (١) . فبينما يدفع اصحاب الدخول المشروعة الضرائب المفروضة عليهم ولا يتمكنون من التهرب منها – رغم معاناتهم من انخفاض معدلات الدخول وارتفاع الاسعار وكافة الآثار التضخمية الأخرى الناتجة عن انتشار العديد من الظواهر المستحدثة فى اقتصاديات دول العالم الناتجة عن العولمة والتدويل وغيرها من الظواهر الاخرى – لا يدفع اصحاب الانشطة غير المشروعة الضريبة إذ أن انشطتهم غير معلنة ولا تدخل فى الحسابات الرسمية للدولة .

ويترتب على ذلك نقص الحصيلة الضريبية فى الدولة . ورغبة من الدولة فى تعويض هذا النقض تضطر إلى رفع اسعار الضرائب على الانشطة المشروعة التى تتم فى نطاق الاقتصاد الرسمى مما يؤدى إلى زيادة العبء الضريبى على هذه الانشطة والتى يقع عبؤها النهائى على عاتق اصحاب الدخول المحدودة فيزداد الامر سوءً بالنسبة لهم الأمر الذى يدفعهم إلى التهرب الضريبى . أما اصحاب الانشطة غير المشروعة ، ورغم كونهم فى

---

(١) د. احمد جامع – علم المالية العامة ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٥ ، ص١١٩ : ص ١١٢ ، د. سوزى عدلى ناشد المالية العامة سنة ٢٠٠٣ – منشورات الحلبى الحقوقية – ص ١٢٥ .

حالة تهرب ضريبى من الناحية الاقتصادية[1] فلا يتحملون هذا العبء .

وتفسير ذلك انه فى حالة زيادة حجم الدخول المتحققة من ظاهرة الاتجار بالبشر ، فإن الايرادات العامة للدولة تصبح اقل من القدر اللازم لمواجهة نفقاتها العامة ، حيث يتمتع هؤلاء الافراد بكافة الخدمات العامة فى الدولة [2] ، ومن ثم تزداد حاجة الدولة إلى التوسع فى هذه الخدمات[3] . ويؤدى ذلك إلى زيادة حجم الانفاق العام ، والذى يحتاج بدوره إلى حصيلة كبيرة من الضرائب لتمويله، وهو ما قد تضطر معه الحكومة إلى زيادة معدلات الضرائب على الدخول المشروعة والمسجلة رسميا فى الحسابات القومية .

اضف إلى ذلك أن انخفاض الحصيلة الضريبية مع زيادة حجم الانفاق العام يؤدى إلى احداث عجز كبير فى الموازنة العامة للدولة . وكل ذلك يزيد من حجم المشاكل المالية التى تعانى منها السلطات المالية فى الدولة . وهذا هو الوضع القائم فى اغلب اقتصاديات دول العالم النامى على وجه التحديد ، وذلك بسبب جمود الانظمة الضريبية فيها .

---

(١) انظر فى التفرقة بين التهرب الضريبى الاقتصادى والقانونى – د. سوزى عدلى ناشد – ظاهرة التهرب الضريبى الدولى – دار المعرفة الجامعية – ١٩٩٩ – ص ٣٢ وص٣٣ .

(٢) اهم هذه الخدمات التعليم والصحة والطرق والمياه والمواصلات العامة والكهرباء وغيرها من المشروعات ذات النفع العام .

(٣) د. صفوت عبد السلام – مرجع سابق – ص٥٢ ، د. محمد ابراهيم طه السقا – مرجع سابق ص٥٥.

ويترتب على عدم خضوع الدخول المتحققة من نشاط الاتجار فى البشر للضرائب ، كما هو الحال بالنسبة لسائر الانشطة الاخرى غير المشروعة ، تحول فى تخصيص الموارد بحيث يتم توجيه الموارد الاقتصادية إلى ممارسة هذه الانشطة ، وتبتعد عن انشطة الاقتصاد الرسمى من اجل التهرب من دفع الضرائب وزيادة معدلات العائد الصافى للانشطة غير المشروعة.

وهكذا فإن التوازن الذى سيصل إليه الاقتصاد القومى فى ظل وجود انشطة الاقتصاد الخفى سوف يكون اقل من المستوى الامثل ، حيث سيتم توزيع الموارد بصورة مختلفة عن هذا الوضع . فعلى مستوى التحليل الاقتصادى الجزئى يؤدى الاقتصاد الخفى إلى تعديل استخدام العمل ورأس المال وكذلك التكنولوجيا وغيرها من عناصر الانتاج الاخرى [١] .

(١) لمزيد من التفاصيل انظر د. صفوت عبد السلام – مرجع سابق – ص ٦٦ ، د. محمد ابراهيم السقا مرجع سابق – ص ٧١ .

خاتمة

١٢- التلازم بين الفقر وظاهرتى الاتجار فى البشر وغسيل الأموال :

خلاصة القول تعد ظاهرة الاتجار فى البشر ظاهرة خطيرة على كافة المستويات . فآثارها لا تقتصر على اطرافها ولكن تمتد إلى تشويه الاقتصاد القومى ككل ، على نحو ما سلف بيانه .

ولا تقتصر الآثار الاقتصادية لهذه الظاهرة على المستوى الداخلى فى الدول المصدرة أو المستوردة لها ، بل يتعدى ذلك إلى المستوى الدولى. كما أن تنامى هذه الظاهرة يرتبط بصورة جذرية بتنامى ظاهرة الفقر . فما دام الفقر موجودا فهذه الظاهرة لن تختفى، بل ستتزايد معدلاتها بصورة سريعة . كما أن اى برامج للحماية أو المنع ما هى فى الواقع إلا مجرد برامج وهمية لا تتعدى مجرد التوصيات دون أن يكون لها قوة التنفيذ الفعلى .

إذاً ، القضاء على الفقر هو الخطوة الأولى للقضاء على هذه الظاهرة .

وأخيرا فإن هذه الظاهرة تقودنا إلى ظاهرة أخرى ملازمة لها وناتجة عنها، وهى قيام تجار البشر بتبييض الارباح الوفيرة التى يحققونها من وراء هذه التجارة وتطهيرها عن طريق ما درج العمل على تسميته "غسيل الأموال" .

وظاهرة غسيل الأموال وانعكاساتها الاقتصادية تحتاج إلى بحث مستقل نسأل الله أن يوفقنا إلى انجازه .

المحتويات

الموضوع	الصفحة
ثانيا: تجارة الأشخاص وعمالة الأطفال	١٨٧
٩- صور الإتجار	١٨٧
٩-أ - الاستغلال الجنسى	١٨٨
٩-ب - النزاعات المسلحة ونزع الألغام	١٩٤
٩- ج - الأنشطة المشروعة بطبيعتها	٢٠٠
٩-د - احصائية عن عمالة الأطفال فى بعض الدول ..	٢٠٢
٩-هـ - تطبيق على مصر	٢٠٣
٩-و - احصائية عامة لعمالة الأطفال	٢٠٧
ثالثا: تجارة الأعضاء	٢٠٩
١٠ - مفهوم تجارة الأعضاء البشرية	٢٠٩
١٠-أ- تجارة الأعضاء بين العلم والاقتصاد	٢١١
المبحث الثانى	٢١٥
الانعكاسات الاقتصادية لظاهرة الاتجار فى البشر	
١١- الصور المختلفة	٢١٥
١١-١- تشويه هيكل العمالة	٢١٥
أ- استنزاف وتدمير الموارد البشرية	٢١٦
ب- ارتفاع معدلات البطالة	٢١٩
١١-٢- تشويه هيكل الدخول والتضخم	٢٢٥
١١-٣- التأثير السلبى على ميزان المدفوعات	٢٢٩
١١-٤- تشويه الوعاء الضريبى: الوعاء الضريبى الظاهر والوعاء الضريبى الخفى	٢٣٤
خاتمة	٢٣٧

جامعة الشارقة

كلية القانون

أثر تغير الظروف على تطور القضاء الإداري في العراق

د. محمد عبدالله حمود

أستاذ القانون العام المساعد

كلية القانون – جامعة الشارقة

مقدمة

لا شك فيه أن من أبرز سمات الدولة الحديثة, ان تكون دولة قانون, تسمو فيها سيادة القانون على كل مراكز القوة مهما كانت طبيعتها وأشكالها.

فقد أصبح من المبادئ الاساسية للفكر القانوني المعاصر ان تخضع السلطات العامة في الدولة للقانون, دون محاولة الخروج على احكامه أو تجاوز تطبيقه.

ومن هنا فقد ظهر مبدأ المشروعية ليكون صمام الأمان يحول بين خروج السلطة العامة عن دائرة القانون وبين حماية الحقوق والحريات العامة للافراد.

وإذا كانت الادارة تعمل اساساً من اجل اشباع الحاجات العامة للافراد إلا أن ذلك لا يمنع من احتمال تعسفها في بعض تصرفاتها أو اعتدائها في بعض ممارساتها على حقوق الافراد وحرياتهم سواء كان ذلك عن عمد أو بدون عمد.

وعلى ذلك, فإن تحقيق المصالح العامة للادارة وصيانة الحقوق والحريات العامة للافراد يتطلب في واقع الأمر أن تخضع الادارة في كل تصرفاتها القانونية والمادية لإحكام القانون.

ورغم ان وجود الادارة الرشيدة أصبح اليوم من ضرورات الدولة الحديثة فإنه مهما تعددت اشكال هذه الادارة ومهما تنوعت اساليبها ووسائلها وتشعبت اهدافها وغاياتها, وبصرف النظر عن طبيعة النظام السياسي القائم عليها, فإن ذلك يتطلب ان تكون تصرفاتها دائماً في نطاق مبدأ المشروعية, وان تخضع هذه التصرفات لرقابة القضاء.

وإذا كان العراق من الدول التي لا تزال فيها السلطة العامة لا تلتزم حدود القانون, وتتجاوز على الحقوق والحريات العامة للافراد دون رادع من سلطة أخرى محايدة ومستقلة فإن الأمر يتطلب بعد التغيرات والتطورات السياسية التي حصلت مؤخراً ونزوع المجتمع بكل فئاته وشرائحه نحو الحرية والديمقراطية ورفض الاستعباد والإضطهاد فإن الأمر يتطلب وجود جهة رقابية محايدة ونزيهة لا تخشى نفوذ الإدارة ولا سلطانها وصولاً الى كفالة حقوق الانسان وحماية حرياته وصون حرماته.

ومما لا شك فيه ان الرقابة القضائية على اعمال الادارة هي السبيل الوحيد لحماية مبدأ المشروعية, الذي يكفل التزام الادارة, بقواعد القانون, ويمنع تعسفها ويردها الى جادة الصواب إن هي خرجت عن دائرة القانون او انحرفت.

وحيث قد تغيرت الفلسفة السياسية والإيديولوجية في العراق مما ينعكس على أوضاع الحكم وعناصر الجهاز السياسي والاداري في الدولة, وتوجهات المجتمع نحو مبادئ الحرية والديمقراطية والاقتصاد الحر, فإن الأمر يتطلب انشاء قضاء اداري متكامل ومستقل ومتخصص على النحو الذي وصلت إليه دول القضاء المزدوج ليمارس رقابة فعالة ومؤثرة على نشاط الادارة وتصرفاتها بما يكفل الى اعمال مبدأ المشروعية اعمالا صحيحا وجادا ولكي يكون الضمان الحقيقي والفعال لحماية مبدأ المشروعية وحقوق الافراد وحرياتهم.

وتأسيسا على ما تقدم سوف نتناول هذا البحث وفقا لخطة البحث التالية:-

المبحث الأول:- التطور التاريخي للقضاء الاداري في العراق

المبحث الثاني:- مجلس شورى الدولة

المبحث الثالث:- مجلس الانضباط العام

المبحث الرابع:- محكمة القضاء الاداري

الخاتمة.

المبحث الأول

التطور التاريخي للقضاء الأداري في العراق

أن فكرة نظام القضاء الاداري في العراق عميقة الجذور, إذ تمتد الى فترات زمنية بعيدة, فقد كان العراق في ظل الدولة العربية الإسلامية يأخذ بنظام قضائي متميز في مراقبة اعمال الولاة, حيث كان هناك ديوان المظالم الذي كان يختص بالنظر في كافة الشكاوى التي يقدمها عامة الناس ضد الولاة.

كما أن هذه الفكرة راجت في الفترة التي أصبح فيها العراق جزءا من الدولة العثمانية التي كانت قد أسست في سنة ١٨٦٥ مجلس شورى القوانين أو مجلس شورى الدولة.

ولما أنفصل العراق عن الدولة العثمانية نتيجة الاحتلال البريطاني سنة ١٩١٧, فقد ورثت الدولة العراقية تشريعاتها التي كانت نافذة, وكان من بين تلك التشريعات قانون مجلس شورى الدولة, غير ان هذا القانون لم يوضع موضع التنفيذ, مع انه لم يصدر اي قانون بالغائه من قبل السلطات العسكرية البريطانية ولا من قبل المشرع العراقي.

ولعل من ابرز الاسباب التي أدت الى تجاهل السلطات البريطانية لهذا القانون, هو أن النظام القضائي الانكليزي (الموحد) لا يعترف بنظام قضائي منفصل ومتميز عن المحاكم العادية, يختص بالفصل بالمنازعات التي تقوم بين السلطة الادارية والاشخاص المدنية.

ورغم هذا التراجع فقد جرت محاولات عديدة لانشاء قضاء اداري في العراق, غير ان هذه المحاولات لم يكتب لها النجاح(١). وفي عام ١٩٧٧ أكد قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥

---

(١) نستطيع ان نوجز هذه المحاولات على النحو التالي:-
اولا:- في علم ١٩٣٣ صدر القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٣ الذي يقضي بإنشاء ديوان التدوين القانوني وقد كانت هذه المحاولة بداية أريد لها ان تبلور نظاما قضائيا اداريا متطورا. غير ان هذه المحاولة لم تصل الى أهدافها, حيث اصبح الديوان مجرد هيئة استشارية (قانونية) للحكومة تقوم باعداد مشروعات القوانين والانظمة, واصدار الفتاوى القانونية غير الملزمة للاجهزة الادارية.
ثانيا:- في علم ١٩٣٦ تم اعداد مشروع لالغاء ديوان التدوين القانوني ليحل محله(مجلس الدولة) ليتولى حسم المنازعات الادارية. إلا ان المستشار الانكليزي رفض هذا المشروع, واقترح تعديل اختصاص ديوان التدوين القانوني ليشمل الى جانب الاختصاص الاستشاري الاختصاص القضائي, وقد رفض المشروع ولم يحصل التعديل على اختصاص ديوان التدوين القانوني.
ثالثا:- في علم ١٩٥٠ تم اعداد مشروع لمجلس الدولة العراقي, وقد تضمن المشروع ان يتألف مجلس الدولة من هيئتين احداهما تشريعية لاعداد وصياغة القوانين والاخرى قضائية. وقد طرأت على هذا المشروع عدة تعديلات كان أخره تعديل علم ١٩٥١ ومع ذلك لم يتم التصديق على هذا المشروع.
رابعا:- في علم ١٩٥٣ قدم مجلس النواب مشروعا جديدا لمجلس الدولة العراقي, الا ان هذا المشروع لم يكتب له النجاح.
خامسا:- في علم ١٩٦١ صرح وزير العدل بعزم وزارته على اعداد مشروع لمجلس الدولة في العراق.
سادسا:- في علم ١٩٦٣ شكلت لجنة لاعداد مشروع قانون مجلس الدولة.
انظر في تفاصيل هذه المحاولات د. عبد الرحمن ندرجاني الايوبي " القضاء الاداري في العراق" حاضره ومستقبله, دار مطابع الشعب, بغداد, ١٩٦٥, ص ٢٥٢ وما بعدها.
سابعا:- في علم ١٩٧٠ واستنادا الى نص المادة ١/٤٢ من الدستور العراقي أعدت وزارة العدل مشروع قانون انشاء مجلس الدولة ولكنه لم ير النور ايضا.

لسنة ١٩٧٧ على " ضرورة إنشاء قضاء متخصص للفصل في القضايا التي تنشأ بين الوزارات والمؤسسات العامة, وضرورة إنشاء محاكم خاصة للفصل بمنازعات الموظفين(١).

وإستناداً للقانون المذكور فقد صدر القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧ الخاص بإنشاء المحاكم الادارية(٢). ورغم إنشاء المحاكم الادارية إلا ان هذه المحاكم لم تغير من طبيعة النظام القضائي العراقي القائم على وحدة القضاء, إذ ان قيام القضاء الاداري بمعناه الدقيق يقتضي انشاء جهة قضائية مستقلة عن جهة القضاء العادي وتطبق قواعد ومبادئ القانون الاداري.

وفي عام ١٩٨٩ حدث تطور جذري في طبيعة النظام القضائي العراقي, فقد اصدر المشرع قانون التعديل الثاني رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ الذي عدل بموجبه قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩.

حيث أصبح المجلس المذكور يمارس مهمة القضاء الاداري الى جانب اختصاصه الاستشاري. وبصدور هذا التعديل,استحدثت محكمة القضاء الاداري اضافة الى مجلس الانضباط العام(محكمة الموظفين), وبذلك يكون النظام القضائي في العراق قد غادر نظام القضاء الموحد ليصبح نظاماً قضائياً مزدوجاً, حيث هناك القضاء العادي الذي يختص بالفصل بالمنازعات المدنية والى جانبه القضاء الاداري الذي يختص بالفصل بالمنازعات الادارية(٣).

---

(١) انظر القانون المذكور (دار الحرية للطباعة), بغداد, ص٤٥.

(٢) وقد نصت الفقرة الاولى من القانون المذكور على انه " تؤلف في منطقه استئناف بغداد محكمة ادارية او أكثر من حاكم من الصنف الاول او الثاني". أما الفقرة الثانية فقد اجازت انشاء محاكم ادارية اخرى في المناطق الاستئنافية الاخرى.
وهكذا فقد استحدثت اول محكمة ادارية في منطقة استئناف بغداد. ونتيجة لتزايد الدعاوى بعد تعديل قانون المحاكم الادارية بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٠ الذي وسع من اختصاصات المحاكم الادارية بجعله شاملاً لكل الدعاوى التي تكون الادارة طرفا فيها بغض النظر عن موضوعها واطرافها, نتيجة لذلك فقد انشئت محاكم ادارية في بغداد ليصبح عددها ثلاثة محاكم ادارية هي:-

أ- المحكمة الادارية في الرصافة.
ب- المحكمة الادارية في الكرادة.
جـ- المحكمة الادارية في الكرخ.

ولغرض تقريب المحاكم الادارية من المواطنين في كافة انحاء الدولة شكلت محاكم ادارية في كافة المحافظات. انظر في ذلك بيان وزير العدل المرقم ٣/٥/١٧/١٦٧٦١ في ١٩٨٠/٨/٦. وبيانه المرقم ١٨٤٣٢ لسنة ١٩٨٠.

(٣) ومما يجدر ذكره ان القضاء المدني العراقي كان- قبل تعديل قانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩- يطبق نظريات القانون الاداري على المنازعات الادارية. وعلى ذلك قضت محكمة تمييز العراق بأن :" علاقة الحكومة بموظفيها هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين والانظمة". انظر قرارها المرقم ٩٦٥/٢/٣٧٥ في ١٩٦٥/٧/١٢.
وفي مجال تطبيق نظرية العقود الادارية, صدرت عن محكمة تمييز العراق الكثير من القرارات التي تشير الى فكرة العقد الاداري, حيث قضت بأنه " لما كان هذا العقد ابرمته الادارة مع المقاول من اجل انشاء مرفق عام متوسلة في ذلك بأسلوب القانون العام وبشروط غير مألوفة من اجراء مناقصة عامة واشتراط التأمينات وغرامات تأخيرية. فانه يكون عقداً ادارياً متميزاً عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص بسبب ما تستهدفه هذه العقود من تحقيق مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة للافراد. ولا جناح على المحاكم اذا ما طرح عليها نزاع حول هذه العقود ان تمارس في قضائها مهمة القضاء الاداري وان تلتزم في قضائها ما جرى به الفقه والقضاء الاداري وما درج عليه من حلول للتوفيق بين المصالح العامة وحماية الافراد وحقوقهم, لان ولاية المحاكم تتسع لجميع المنازعات الا ما استثني بنص خاص". انظر قرارها المرقم ٦٦/٢/٢٥٢٧ في ١٩٦٦/١٠/١٢.
وفي مجال فكرة المرفق العام أشارت محكمة التمييز في عدد من قراراتها الى هذه الفكرة وعرفتها تعريفاً دقيقاً, بقولها "ان مصلحة البريد والبرق والتلفون تعد مرفقاً من المرافق العامة والمرفق العام هو مشروع تديره جهة الادارة او تنظمه وتشرف على ادارته ويقصد به اداء خدمات او سد حاجات ذات نفع عام وليس المقصود اساساً من المرفق العام هو الحصول على الربح. واذا كانت ادارة المرفق تدر في بعض الاحيان ربحاً فان ذلك انما يأتي عرضاً وكغرض ثانوي اما الغرض الاساسي فهو توفير الخدمات العامة او سد الحاجات العامة, وينبغي ان يدير المرفق العام او ينظمه او يشرف على ادارته جهة ادارية. وللمرافق العامة نظام قانوني تقتضيه طبيعة المرفق العام يكفل له الدوام والاستقرار والاستمرار والانتظام ومسيرة التطور". انظر في ذلك قرارها المرقم ٢٢٦/صلحية/١٩٦٨ في ١٩٦٨/٤/٢٠.

ويتكون القضاء الاداري في العراق وفقاً للقوانين المنظمة له حالياً من مجلس شورى الدولة, ومجلس الانضباط العام , ومحكمة القضاء الاداري,.

المبحث الثاني

مجلس شورى الدولة

المطلب الأول

تنظيم وتكوين المجلس

يقع مجلس شورى في قمة القضاء الاداري في العراق, لانه يعلو كافة محاكم القضاء الاداري, وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ على انه:(يتكون المجلس من الهيئة العامة وهيئة الرئاسة والهيئة الموسعة ومجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الاداري وعدد من الهيئات المتخصصة حسب الحاجة).

وفي تقديرنا أن المشرع العراقي كان يقصد من هذا التكوين بيان هيكل نظام القضاء الاداري في العراق. لذلك سوف نبين في هذا المبحث أهم الهيئات التي يتكون منها المجلس وكذلك الأختصاصات التي يختص بها. أما مجلس الانضباط العام (قضاء الموظفين) ومحكمة القضاء الاداري, باعتبارهما هيئتين قضائيتين لهما تكوينهما وإختصاصاتهما , فسوف نفرد لهما مباحث مستقلة.

وعلى ذلك يتكون مجلس شورى الدولة من الرئيس, وهيئة الرئاسة, والهيئة العامة, والهيئات المتخصصة, والهيئة الموسعة.

أولاً:- رئيس المجلس:

يعين رئيس المجلس بمرسوم جمهوري بصورة مباشرة من كبار الموظفين أو القضاة في الدولة, وذلك نظراً لأهمية الوظيفة التي يتولاها. ولا يحتاج تعيين رئيس المجلس الى ترشيح أو اقتراح بتعيينه من وزير العدل, وذلك لضمان استقلاله, وعدم التأثير عليه من أية جهة معينة.

ويمارس رئيس المجلس اختصاصات مختلفة في مجال الاشراف والرقابة والتنسيق بين اعمال المجلس المختلفة, ومن أهم هذه الاختصاصات(١):-

١- يترأس الهيئة العامة وهيئة الرئاسة وله أن يترأس الهيئة الموسعة ومجلس الانضباط العام.

٢- يقوم بتعيين الهيئتين المتخصصتين اللتين يتكون منهما.

٣- يقوم بإحالة مشروعات القوانين والقضايا المعروضة على المجلس الى أحدى الهيئات المتخصصة لدراستها وإبداء الرأي فيها.

---

(١) انظر لمواد ١١, ١٥, ١٧ من قانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩.

٤- المصادقة على ما تنجزه الهيئة المتخصصة باستثناء مشروعات القوانين. أما اذا كان رأيه يخالف رأي الهيئة فيقوم باعادته اليها وعندئذ تعقد الهيئة اجتماعاً برئاسته, فإذا اصدرت قرارها بالاتفاق يصبح نهائياً. أما إذا لم يحصل هذا الاتفاق, فإن لرئيس المجلس إحالة الموضوع الى الهيئة العامة أو الهيئة الموسعة المؤلفة من الهيئة المتخصصة ذات العلاقة وهيئة متخصصة اخرى يعينها الرئيس, وتنعقد الهيئات برئاسته, ويصدر القرار النهائي بالاتفاق أو الاغلبية, أما اذا تساوت الاصوات فيرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس.

٥- إحالة ما تنجزه إحدى الهيئات من مشروعات على الهيئة العامة لمناقشة المبادئ التي تضمنها مشروع القانون.

٦- إحالة القضية الى الهيئة العامة إذا أقرت احدى الهيئات مبدأ جديداً أو اذا كان للمجلس رأي سابق يخالف الرأي الجديد, أو اذا أوصت الهيئة المكلفة بذلك أو اذا رأى رئيس المجلس ان القضية ذات اهمية أو تشكل مبدأ مهماً.

٧- يقوم رئيس المجلس باختيار ثلاثة من اعضاء المجلس كأعضاء في هيئة تعيين المرجع التي تتولى الفصل باشكالات تنازع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والاداري.

مما تقدم يتضح ان لرئيس المجلس دور هام في تسيير اعمال المجلس والاشراف عليه, ويتمتع بنفوذ على لجان المجلس المختلفة.

ثانياً:- هيئة الرئاسة

تتكون هيئة الرئاسة من رئيس المجلس ونائبيه ورؤساء الهيئات المتخصصة في المجلس(١).

وتختص هيئة الرئاسة بالاختصاصات الاتية(٢):-

١- تقدم الى ديوان الرئاسة كل ستة أشهر أو كلما رأت هذه الهيئة ذلك, تقديرا يتضمن ما أظهرته الاحكام أو البحوث التي أصدرها المجلس عن نقص في التشريع القائم أو غموض فيه. أو حالات اساءة استعمال السلطة من أية جهة من جهات الادارة أو مجاوزة تلك الجهات لسلطاتها.

---

(١) مادة ٢ فقرة ١ من قانون مجلس شورى الدولة.
(٢) مادة ٥ فقرة ٤.

٢- تقوم برفع توصية الى وزير العدل لغرض ترقية المستشار المساعد الى مستشار اذا استوفى الشروط المنصوص عليها في المادة ٢٠ والمادة ٢٣ من قانون مجلس شورى الدولة. ويجوز لهيئة الرئاسة رفع هذه التوصية الى ديوان الرئاسة مباشرة.

٣- الاقتراح بتشكيل محاكم اخرى للقضاء الاداري في مراكز المناطق الاستئنافية.

ثالثاً:- الهيئة المتخصصة:

تتألف الهيئة المتخصصة من رئيس بعنوان مستشار وعدد من المستشارين والمستشارين المساعدين. ويجب أن لا تزيد نسبة عدد المستشارين المساعدين على ثلث عدد المستشارين(١).

ويكون للهيئة المتخصصة سكرتير حاصل على شهادة جامعية اولية في القانون, ويرتبط مباشرة برئيس الهيئة(٢).

ولم يحدد المشرع عدد الهيئات المتخصصة, الا أنه ترك تعيين عدد هذه الهيئات لمقتضيات الحاجة(٣).

وتختص الهيئة المتخصصة بدراسة مشروعات القوانين والقضايا التي يحيلها اليها رئيس مجلس شورى الدولة, وابداء الرأي والمشورة القانونية فيها(٤).

ويخضع ما تنجزه الهيئة المتخصصة في مجال الرأي والمشورة القانونية لمصادقة رئيس المجلس أو الهيئة العامة اذا وجد الرئيس ما يدعو الى ذلك. وكذلك يجوز لرئيس المجلس أن يعترض على رأي الهيئة المتخصصة ويحيله الى الهيئة الموسعة للنظر فيه(٥).

كما يخضع ما تنجزه الهيئة المتخصصة في مجال التقنين للمراجعة النهائية من قبل الهيئة العامة(٦).

رابعاً:- الهيئة الموسعة

تتشكل الهيئة الموسعة بصفة مؤقتة, وذلك كلما اقتضت الحاجة الى ذلك. وتتألف هذه الهيئة من اجتماع هيئتين متخصصين بناءً على طلب رئيس المجلس, وتعقد هذه الهيئة اجتماعاتها برئاسة الرئيس أو برئاسة أحد نائبيه, ويحضرها عدد من المستشارين المساعدين ويشتركون في النقاش دون حق التصويت(٧).

---

(١) المادة ٢ فقرة ٤ من قانون مجلس شورى الدولة.
(٢) المادة ٢ فقرة ٤.
(٣) المادة ٢ فقرة ١.
(٤) المادة ١١ فقرة ٤.
(٥) المادة ١٥ فقرة ١.
(٦) المادة ١٧ فقرة ١.
(٧) المادة ٢ فقرة ٢.

وقد أوضح قانون التعديل الثاني لمجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ , الحالات التي يتم فيها تشكيل هذه الهيئة. وتتحقق هذه الحالات عندما تحيل الهيئة المتخصصة ما تتجزء من اعمال الى رئيس المجلس – باستثناء مشروعات القوانين- فعندئذ أما ان يؤيد الرأي الذي قدمته الهيئة المتخصصة أو يخالفه, فاذا وافق عليه اصبح رأي الهيئة نهائياً, أما اذا خالفه, فعندئذ له ان يدعو هذه الهيئة الى اجتماع يعقد برئاسته لبحث الموضوع مجدداً, فاذا توصلت الهيئة الى قرار بالاتفاق, يصبح هذا القرار نهائياً. أما اذا لم تتوصل الى رأي موحد مع رئيس المجلس, ففي هذه الحالة يكون للرئيس أما أحالة القضية الى الهيئة العامة أة الى الهيئة الموسعة. وفي هذه الحالة تعقد هذه الهيئة اجتماعها برئاسة الرئيس او برئاسة أحد نائبيه, وتصدر قرارها بالاتفاق او بالاغلبية. أما اذا تساوت الأصوات, فعندئذ يرجح الجانب الذي صوت معه رئيس المجلس(١).

---

(١) المادة ١/١٠ من القانون.

المطلب الثاني

اختصاصات المجلس

أولا: اختصاصات المجلس الاستشارية:

يختص المجلس طبقا لقانون انشائه رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ بإعداد مشروعات القوانين والانظمة أو مراجعتها وبتقديم الاستشارة والمشورة القانونية للدولة . ولذلك سوف نبين اختصاصات المجلس في مجال التقنين والاستشارة القانونية.

١- في مجال التقنين:

يقوم مجلس شورى الدولة بدور هام في مجال إعداد القوانين والانظمة أو مراجعة مشروعات القوانين والأنظمة التي تقوم بإعدادها وزارات الدولة وهيئاتها المختلفة. وبذلك يحقق المجلس الترابط بين النصوص ويضمن وحدة الصياغة القانونية بين مختلف القوانين والانظمة(١).

وأستناداً لنص المادة (٥) من القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ وتعديلها بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩, فإن المجلس يمارس في مجال التقنين ما يلي:

اولا: اعداد وصياغة مشروعات التشريعات المتعلقة بالوزارات او الجهات غير المرتبطة بوزارة بطلب من الوزير المختص او الرئيس الاعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة بعد ان يرفق بها ما يتضمن اسس التشريع المطلوب مع جميع اولياته واراء الوزارات او الجهات ذات العلاقة.

ثانيا: تدقيق جميع مشروعات التشريعات المعدة من الوزارات او الجهات غير المرتبطة بوزارة, من حيث الشكل والموضوع على النحو الاتي:

١- تلتزم الوزارة المختصة او الجهة غير المرتبطة بوزارة بارسال مشروع التشريع الى الوزارة او الوزارات او الجهات ذات العلاقة لبيان رايها فيه قبل عرضه على المجلس.

٢- يرسل مشروع التشريع الى المجلس بكتاب موقع من الوزير المختص او الرئيس الاعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة مع اسبابه الموجبه واراء الوزارات او الجهات ذات العلاقة مشفوعا بجميع الاعمال التحضيرية ولا يجوز رفعه الى ديوان الرئاسة مباشرة الا في الاحوال التي ينسبها الديوان.

---

(١) راجع في ذلك استاذنا الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي , بحثه (مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الاداري العراقي) المنشور في مجلة العلوم القانونية, المجلد التاسع – العدد الاول والثاني- ١٩٩٠, ص ١٢٩ وما بعدها.

٣- يتولى المجلس دراسة الموضوع واعادة صياغته عند الاقتضاء واقتراح البدائل التي يراها ضرورية وابداء الراي فيه ورفعه مع توصيات المجلس الى ديوان الرئاسة وارسال نسخه من المشروع وتوصيات المجلس الى الوزارة او الجهة ذات العلاقة.

ثالثا: الاسهام في ضمان وحدة التشريع وتوحيد اسس الصياغة التشريعية وتوحيد المصطلحات والتعابير القانونية.

رابعا: تقدم هيئة الرئاسة في المجلس كل ستة اشهر وكلما رأت ذلك الى ديوان الرئاسة تقريرا متضمنا ما اظهرته الاحكام او البحوث من نقص في التشريع القائم او غموض فيه او حالات اساءة استعمال السلطة من اية جهة من جهات الادارة او مجاوزة تلك الجهات لسلطاتها.

ومن جهة اخرى, أجاز القانون لمجلس شورى الدولة مراجعة مشروعات القوانين واللوائح المحالة إاليه وتقديم الرأي بشانها. ويتولى رئيس المجلس إحالة المشروع المرسل من الوزارات أو الدوائر الأخرى الى أحدى الهيئات المتخصصة أو الى هيئة خاصة تؤلف بموافقة وزير العدل. وعندما تفرغ هذه الهيئة من مهمتها وفق الاجراءات التي حددها القانون , تحيل ما أنجزته الى رئيس المجلس, الذي يقوم بإحالة ما تم أنجازه من مشروعات القوانين الى الهيئة العامة, لمناقشة المبادئ التي تضمنها مشروع القانون, بحضور ممثل الجهة أو الجهات المعنية بمشروع القانون عند الاقتضاء . وتتخذ الهيئة العامة قراراتها بأغلبية عدد الاعضاء الحاضرين, فإذا تساوت الاصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس, ويكون قرار الهيئة العامة خاضعاً للاعتراض من قبل وزير العدل(١).

٢- في مجال الرأي والمشورة القانونية:-

أستنادا لنص المادة السادسة المعدلة من قانون أنشاء مجلس شورى الدولة المعدلة يختص المجلس في مجال الرأي والمشورة القانونية بالاختصاصات الآتية:-

أولا: ابداء المشورة القانونية في المسائل التي تعرضها عليه الجهات العليا .

ثانيا: ابداء المشورة القانونية في الاتفاقات والمعاهدات الدولية قبل عقدها أو الانضمام إليها.

ثالثا: ابداء الرأي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة إذا احتكم أطراف القضية الى المجلس ويكون رأي المجلس ملزما لها.

رابعا: توضيح الاحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من قبل أحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة.

---

(١) انظر في ذلك المواد ١١, ١٢, ١٣, ١٤, ١٥, ١٧, ١٨, من القانون المذكور. أشار اليها د. عصام البرزنجي , مصدر سابق ص ١٣١.

ولا يجوز للمجلس ابداء الرأي أو تقديم المشورة القانونية في القضايا المعروضة على القضاء وفي القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن.

ثانياً: اختصاصات المجلس القضائية:

يعتبر مجلس شورى الدولة أعلى هيئة قضائية في مجال القضاء الاداري العراقي, فهو بمثابة مجلس الدولة في دول القضاء المزدوج . حيث أصبح المجلس محكمة نقض بالنسبة للاحكام الصادرة من محكمة القضاء الاداري ومجلس الانضباط العام.

وقد نصت المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة على جواز الطعن بالاحكام الصادرة من محكمة القضاء الاداري لدى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة خلال (٣٠) يوما من تاريخ التبليغ بالحكم أو اعتباره مبلغاً.

وتمارس الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة الاختصاصات التي تمارسها محكمة تمييز العراق المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية عند النظر في الطعن في قرارات محكمة القضاء الاداري وقرارات مجلس الانضباط العام(١).

ومن الواضح أن الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة عندما تنظر في الطعن ينحصر عملها باعتبارها محكمة قانون وليس محكمة وقائع, فهي تتأكد من مشروعية الحكم المطعون فيه ولا تتعرض لوقائع الدعوى. فإذا ما وجدت ان الحكم المطعون فيه مخالفاً لاحكام القانون فعندئذ تقرر نقض الحكم واعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها مجدداً وفقاً لما ترسمه لها. ذلك لان التعرض لوقائع الدعوى تعتبر من المسائل الموضوعية التي تنفرد بها محكمة الموضوع.

وهكذا فإن المشرع العراقي لم يأخذ في مجال المنازعة الادارية بنظام الطعن الاستئنافي بل اكتفى بالطعن التمييزي, الامر الذي يحرم المتناقضين من درجة مهمة من درجات التقاضي بينما اعترف بذلك النظام في مجال الدعوى المدنية امام القضاء العادي.

---

(١) للمزيد من التفاصيل راجع استاذنا الدكتور عصام البرزنجي – مصدر سابق- ص ١٧٩ وما بعدها.

المبحث الثالث

مجلس الانضباط العام(١)

انشأ مجلس الانضباط العام لأول مرة بالقانون رقم ٤١ لسنة ١٩٢٩ الخاص بانضباط موظفي الدولة في العراق. وقد نص القانون المذكور على أن تأليف المجلس يكون بقرار من مجلس الوزراء, ويتكون من رئيس واربعة اعضاء ينتخبون من رؤوساء الدوائر للنظر في الاعتراضات المرفوعة ضد القرارات التي تصدرها اللجان الانضباط المشكلة في دوائر واجهزة الدولة الادارية(٢).

على أنه بصدور قانون ديوان التدوين القانوني رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٣ نص القانون المذكور على أن رئيس الديوان يكون اضافة لوظيفته رئيساً لمجلس الانضباط العام, كما يكون المدونون القانونيون اعضاء طبيعيون فيه, ويضاف الى ذلك عضوان آخران من رؤساء الدوائر بقرار من مجلس الوزراء, وينعقد مجلس الانضباط من الرئيس واربعة اعضاء على ان يكون اثنان منهم من الاعضاء المضافين(٣).

وقد الغي القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٢٩ بصدور قانون انضباط موظفي الدولة رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦, وقد حدد القانون الجديد اختصاصات مجلس الانضباط العام الا انه ابقى ما نص عليه قانون ديوان التدوين القانوني فيما يتعلق بتكوين المجلس(٤).

وبصدور قانون تعديل قانون ديوان التدويين القانوني رقم ١٢ لسنة ١٩٤٢, أعيد تكوين مجلس الانضباط, ليصبح انعقاد المجلس من رئيس الديوان وعضوين اخرين من اعضاء الديوان, ويجوز تعيين واحد أو اكثر من رؤساء الدوائر بقرار من مجلس الوزراء كأعضاء إضافيين لكي يحلوا محل الاعضاء الاصليين عند غيابهم أو تعذر حضورهم لاي سبب كان.

وفي عام ١٩٧٩ صدر قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ الذي الغى قانون ديوان التدويين القانوني رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٣, غير أنه لم يلغي النص الخاص بتشكيل مجلس الانضباط العام(٥).

---

(١) راجع في تفاصيل التطور التاريخي لمجلس الانضباط العام د. علي جمعه محارب, " التأديب الاداري في الوظيفة العامة" دراسة مقارنة في نظام العراق والمصري والفرنسي والانكليزي, رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة عين شمس, ١٩٨٦, ص ٧٥٢ وما بعدها.
(٢) المادة ١٧ من القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٢٩.
(٣) المادة ٦ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٣.
(٤) المادة ١ من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦.
(٥) المادة ٣٢ من القانون المذكور.

وفي عام ١٩٨١ أصدر مجلس قيادة الثورة قراراً برقم ١٧١٧ في ١٩٨١/١٢/٢١, يقضي بفصل مجلس الانضباط العام عن مجلس شورى الدولة, وبذلك اصبح مجلس الانضباط هيئة قضائية مستقلة عن مجلس شورى الدولة.

وفي تقديرنا ان هذا هو الوضع الطبيعي لمجلس الانضباط العام انذاك, لأن هذا المجلس كان يعتبر بمثابة محكمة لتأديب الموظفين, ويتمتع باختصاصات قضائية في مجال منازعات الوظيفة العامة, وبذلك لا يكون هنالك اي مسوغ قانوني لارتباطه بمجلس شورى الدولة الذي كان حينها جهة استشارية للادارة, ولايملك اية إختصاصات قضائية.

وطبقاً للقرار المذكور يتشكل المجلس من رئيس وعضوين يسميهم وزير العدل, على ان يكون رئيس المجلس من بين قضاة محكمة تمييز العراق أو من المستشاريين في مجلس شورى الدولة أو من قضاة الصنف الاول. وأن يكون العضوان من بين قضاة الصنف الثاني في الاقل أو من المشرفين العدليين في وزارة العدل أو من المستشارين المساعدين في مجلس شورى الدولة او من المدراء العامين في وزارة العدل.ويجوز تسمية رئيس وعضو احتياط أو اكثر ليحل محل من يغيب منهم.

وفي عام ١٩٨٩ صدر قانون التعديل الثاني لمجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩, الذي خول بموجبه هذا المجلس اختصاصاً قضائياً في مجال القضاء الاداري, فضلاً عن اختصاصه في مجال ابداء الرأي والمشورة(١).

وطبقاً لهذا القانون أعيد ارتباط مجلس الانضباط – مرة أخرى- بمجلس شورى الدولة, ليصبح أحد محاكم القضاء الاداري العراقي.

ويختص مجلس الانضباط العام طبقا لقانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١, بنظر الطعون المتعلقة بقرارات التأديب الصادرة بحق الموظف العام من قبل السلطات الادارية. وقد اشترط المشرع العراقي ضرورة قيام الموظف العام بالتظلم من القرار التأديبي لدى الجهة الادارية التي اصدرته خلال ثلاثون يوماً من تاريخ تبليغه بالقرار. ويجب على الجهة الادارية التي اصدرت القرار ان تبت في التظلم خلال ثلاثون يوماً من تاريخ استلامها الطلب, وعند عدم البت فيه رغم انتهاء المدة يعتبر ذلك رفضاً للتظلم, وعندئذ يجوز الطعن بالقرار التأديبي امام مجلس الانضباط العام(٢).

---

(١) وقد دعى جانب من الفقه العراقي الى الغاء مجلس الانضباط العام بعد صدور القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ وتوحيد النظر في الطعون بالقرارات الادارية كافة ومن ضمنها القرارات التأديبية واناطة الاختصاص بذلك الى محكمة القضاء الاداري التي انشأت بموجب هذا القانون انظر في ذلك بحث القاضي خالد عبد الغني عزوز, المقدم الى مجلس العدل (دور القضاء الاداري العراقي في الرقابة على اعمال الادارة) دراسة مقارنة , ١٩٩١, ص ٢٠٣.

(٢) انظر في ذلك المادة ١٠/ثالثا من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١

ويملك مجلس الانضباط العام بموجب المادة ١/١٥ حق المصادقة على القرار التأديبي أو تخفيض العقوبة أو الغاءها. وبذلك لا يجوز للمجلس تشديد العقوبة, إذ لا يجوز ان يضار الطاعن بطعنه.

ويلاحظ ان المشرع العراقي عندما اصدر القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ قد منح الادارة حرية واسعة في فرض العقوبات على الموظف العام, حيث منح الوزراء ورؤساء الدوائر الصلاحيات اللازمة لفرض الجزاءات المقررة في القانون دون اية ضمانات للموظف العام سواء في مجال التحقيق الاداري وحقه في الدفاع عن نفسه في مواجهة تعسف الادارة.

ومن جهة أخرى, فإن المشرع قد حصن بعض العقوبات من الطعن امام أية جهة قضائية, كعقوبة لفت النظر, والانذار, وقطع الراتب لمدة لا تتجاوز خمسة ايام.

وإذا كانت المادة (٤/١٠) من القانون المذكور قد اجازت للوزير أو رئيس الدائرة فرض أي من هذه العقوبات مباشرة دون تحقيق أصولي مع الموظف العام وبدون أن يكون له حق الاعتراض أو الطعن عليها, فإن الموظف قد يتعرض من جانب الادارة للتعسف أو سوء التقدير في فرض أي من هذه العقوبات.

وتخضع احكام مجلس الانضباط العام في مجال العقوبات التاديبية للطعن امام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة باعتبارها محكمة نقض (١).

---

(١) الفقرتين الاولى والثانية من المادة ٧ من قانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩.

المبحث الرابع
محكمة القضاء الاداري

سوف نتعرض في هذا المبحث, لتنظيم محكمة القضاء الاداري, واختصاصاتها والاجراءات المتبعة أمامها.

أولا:- تنظيم المحكمة

بموجب الفقرة ٨ (ثانيا) من المادة (٧) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٦ تشكل محكمة تسمى (محكمة القضاء الاداري) في مجلس شورى الدولة ويجوز عند الاقتضاء تشكيل محاكم اخرى للقضاء الاداري في مراكز المناطق الاستئنافية ببيان يصدره وزير العدل بناء على اقتراح من هيئة الرئاسة في مجلس شورى الدولة.
وتتألف محكمة القضاء الاداري برئاسة قاضي من الصنف الاول أو مستشار في مجلس شورى الدولة وعضوين من القضاة لا يقل صنفهما عن الصنف الثاني من صنوف القضاه أو من المستشارين المساعدين في مجلس شورى الدولة, ويجوز انتداب القضاة من الصنف الاول او الثاني الى محكمة القضاء الاداري من غير المنتدبين لعضوية مجلس شورى الدولة.
وواضح من هذه النصوص ان انشاء محكمة القضاء الاداري كان يقتصر على مركز مدينة بغداد دون ان يشمل المراكز الاستئنافية الاخرى, الامر الذي وضع العراقيل امام الخصوم من سكنة المحافظات الاخرى لمقاضاة الادارة نظرا لما يتطلبه الحضور الى مركز العاصمة من مشاق ونفقات كبيرة.
ومن ناحية اخرى فإن المشرع عندما انشأ محكمة القضاء الاداري لم يكن مهتماً باعداد القضاة الاداريين من خلال المعهد القضائي حيث لم يكن مخططاً في برنامج المعهد اعداد القضاة المتخصصين في مجال المنازعات الادارية الامر الذي أدى أن يكون تشكيل محكمة القضاء الاداري من القضاة المدنيين الذين لا يملكون الخبرة الكافية في مجال القانون الاداري ونظرياته ومبادئه التي تؤهلهم الفصل في المنازعات الادارية.

ثانياً:- اختصاصات المحكمة

نصت الفقرة(د) من البند (ثانياً) من المادة السابعة من قانون التعديل الثاني رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٦ على أن محكمة القضاء الاداري تختص بالنظر في صحة الاوامر والقرارات الادارية التي

تصدر من الموظفين والهيئات من دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي بعد نفاذ هذا القانون التي لم يعين مرجع للطعن فيها, بناءً على طعن من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة, ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك ما يدعوا الى الحاق الضرر بذوي الشأن.

كما اعتبرت الفقرة(هـ) من البند اعلاه من اسباب الطعن امام المحكمة بوجه خاص ما يلي:-

١- ان يتضمن الامر أو القرار خرقاً او مخالفه للقانون او الانظمة او التعليمات.

٢- أن يكون الامر أو القرار قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص أو معيباً في شكله.

٣- أن يتضمن الامر أو القرار خطأ في تطبيق القوانين أو الانظمة أو التعليمات أو في تفسيرها أو فيه اساءة أو تعسف في استعمال السلطة ويعتبر في حكم القرارات والاوامر التي يجوز الطعن فيها, رفض أو امتناع الموظف أو الهيئات من دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي عن اتخاذ قرار أو أمر كان من الواجب عليها اتخاذه قانوناً.

وقد اخرج المشرع من ولاية المحكمة الطعون المتعلقة بما يأتي(١):-

أ- اعمال السيادة, وتعتبر من اعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية.

ب- القرارات الادارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقا لصلاحيته الدستورية.

ج- القرارات الادارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها.

ويلاحظ ان المشرع حدد اختصاصات المحكمة, ثم أردف ذلك ببعض الاستثناءات, ويبدو لأول وهلة انه اراد أن يجعل اختصاص محكمة القضاء الاداري شاملا لكل المنازعات الادارية, إلا ما استثنى بنص القانون. ولكن رغم هذا الايحاء باطلاق اختصاص المحكمة ليشمل كل المنازعات ذات الطبيعة الادارية الا ان واقع الحال يدحض هذا الافتراض, حيث أن المشرع لم يدخل في اختصاص المحكمة غير النظر في صحة الاوامر والقرارات الادارية, وبذلك اخرج من دائرة اختصاصاتها كل المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية, الا إذا كانت متعلقة بقرار اداري, والمسئولية الادارية.

إضافة الى ذلك فإن المشرع قد قيد اختصاصات المحكمة بجمله من الاستثناءات, حيث اعتبر من اعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية ومن الواضح ان هذه

---

(١) الفقرة(أ) ,(ب) ,(ج) من البند (خامسا) من المادة ٧ من القانون.

المراسيم والقرارات قد تكوين قرارات ادارية محضة ولا تدخل في اعمال السيادة مما يوجب عدم استثناءها من اختصاص المحكمة.

كما ان المشرع اخرج من ولاية المحكمة القرارات الادارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحيته الدستورية.

وبطبيعة الحال أن هذا النص يضيق من دائرة اختصاص المحكمة الى حد كبير, فقد تتخذ الكثير من الاوامر والقرارات الادارية من قبل الاجهزة الادارية تحت غطاء هذا النص, وبهدف اخراجها من ولاية المحكمة, حتى وان كانت مخالفه لتوجيهات رئيس الجمهورية مما يضر بحقوق الافراد.

وهكذا فإن المشرع قد اعطى لقرارات رئيس الجمهورية والقرارات التي تصدر استناداً لتوجيهاته حصانه مطلقه من أي طعن امام اية جهة قضائية الامر الذي يفتح الباب واسعاً امام انتهاك حقوق وحريات الافراد.

ومن جانب أخر فإن المشرع اخرج من دائرة اختصاص المحكمة القرارات الادارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها.

وأن من يطلع على تلك القرارات يرى انها تغطي مساحة واسعة من النشاط الاداري(١). الأمر الذي يقيد من اختصاص المحكمة ويمنعها من بسط رقابتها, حتى وأن كانت تلك القرارات غير مشروعه, مما يترتب معه حرمان الافراد من مقضاة الادارة عند عدم مشروعية قراراتها الادارية امام جهة قضائية مستقلة ومحايدة.

وتأسيساً على ما تقدم فإن ولاية المحكمة في مجال المنازعات الادارية ولاية محدودة, نظراً لكثرة الاستثناءات الواردة في القانون الذي استثنتها والقوانين والقرارات التي تقيد اختصاص المحكمة من النظر في المنازعات الادارية الناجمة عن تطبيقها. ومما يجب ذكره ان المشرع كان قد اناط مهمة الفصل بتلك المنازعات الى لجان او مجالس ادارية خولت اختصاص قضائي, وذلك لغرض حسم تلك المنازعات على ضوء متطلبات العمل الاداري(٢).

غير ان تلك اللجان قد لا تلتزم الحياد في قراراتها, نظراً لعدم استقلالها عن الادارة وافتقار بعض اعضاء تلك اللجان للمعرفة القانونية لعدم اشتراط المشرع في القسم الغالب من تلك اللجان او

---

(١) انظر في تلك الاستثناءات الواردة في قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل وقانون الاصلاح الزراعي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٠, وقانون التقاعد المدني رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٦, وقانون الاحوال المدنية رقم ١٢ لسنة ١٩٨٠ المعدل, وقانون التأمين الالزامي رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٣, وقانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨٠, وقانون ضريبة الدخل رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٩, وقانون ضريبة العقار رقم ٨٩ وقانون تنظيم التجارة المعدل رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٠....الخ.

(٢) انظر الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي – الرقابة القضائية على اعمال الادارة في العراق وآفاق تطورها- بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية- المجلد الرابع, العدد١و٢, ١٩٨٥ من ١٦٤ وما بعدها.

المجالس ان يكون اعضاؤها من الحقوقين. زد على ذلك ان اغلب قراراتها غير خاضعة لاي طعن قضائي, الامر الذي يشكل خطراً على حقوق وحريات الافراد, خاصة اذا ما علمنا ان العنصر الاداري قد يكون اقرب الى الانحراف او التحيز من العنصر القضائي(١).

وما تقدم ندعوا الى معالجة الامر بجدية, ونعتقد انه آن الاوان لالغاء النصوص القانونية التي تحد من اختصاص القضاء, وبذلك بحل هذه اللجان والمجالس واناطة اختصاصاتها بمحكمة القضاء الاداري.

ثالثاً:- إجراءات رفع الدعوى

لا خلاف في ان المنازعات الادارية تتميز كثيرا عن المنازعات المدنية, وتبعاً لذلك تتميز الاجراءات المتبعة امام محاكم القضاء الاداري عن تلك التي تتبع امام محاكم القضاء العادي.

بناءً على ذلك فإن القاضي الاداري ليس ملزماً بالرجوع الى الاجراءات المدنية, بل عليه ان يستنبط القاعدة التي يتبعها من واقع الحياة الادارية, وضرورات المرافق العامة وخصوصية العلاقات الادارية, على غرار ما اتبعه في استنباط القواعد الموضوعية للقانون الاداري(٢)

واذا كان القاضي الاداري غير ملزم بتطبيق اجراءات الدعوى المدنية, غير انه قادر على اللجوء اليها على سبيل الاستهداء, لابل انه قادر على اتباعها اذا لم تتعارض مع طبيعة الدعوى الادارية.

ومما تقدم اصبحت قواعد الاجراءات الادارية قواعد قضائية (ويعود الفضل في ذلك لمجلس الدولة الفرنسي) روعيت فيها الضرورات الادارية من جهة وحماية حقوق الافراد من جهة ثانية, غير ان ذلك لا يمنع المشرع من سن قواعد اجرائية, وعندئذ يتعين على القضاء الاداري احترامها(٣).

ان القواعد الاجرائية الادارية تتميز بضمانها حقوق اطراف الخصومة(الادارة والافراد) وتقليص التباين الموجود بينهم, كما تتميز بطابعها التحقيقي, بينما قواعد الاجراءات المدنية بطابعها الاتهامي(٤).

واضافة الى ذلك فإن الاجراءات الادارية هي اجراءات يوجهها القاضي الاداري, بينما الاجراءات المدنية يهيمن عليها الخصوم, فبمجرد ان تصل الدعوى الى القاضي الاداري حتى

---

(١) انظر السيد صادق حسين عليوي- المجالس واللجان الادارية ذات الاختصاص القضائي في العراق- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير قدمت الى جامعة بغداد, ١٩٨٤, ص ٨٩.

(٢) انظر الدكتور سليمان الطماوي- القضاء الاداري- الكتاب الاول- قضاء الالغاء- دار الفكر العربي- ١٩٨٦, ص ٩٦٢

(٣) نفس المصدر, ص ٩٦٢.

(٤) انظر الدكتور فاروق احمد خماس- محكمة القضاء الاداري في ضوء القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٦- بحث منشور في مجلة العلوم القانونية, العدد ١،٢, ١٩٩٥ ص ٢٣٤.

يتولى مهمة توجيه الاجراءات, ويكلف الخصوم بما يراه مناسبا, ويأمر باجراءات التحقيق ان كانت له مقتضى, ويفحص الاوراق والوثائق المقدمة له ويحدد من يقع عليه عبء الاثبات, ويقرر متى تكون الدعوى صالحة للفصل(١).

زد على ذلك ان المرافعة في الدعوى الادارية يلزم ان تكون مكتوبة, فيقدم اطراف الخصومة ادعاءاتهم في مذكرة مكتوبة. أما المرافعة الشفوية فلا تحدث الا نادراً بهدف توضيح ما ورد من المذكرات المكتوبة(٢).

واخيراً فإن اجراءات الدعوى الادارية تمتاز بالبساطة والاقتصاد بالنفقات والسرعة, خلافا للاجراءات المدنية, نظرا لهيمنة القاضي الاداري عليها مما يحررها من كل ما يؤخر حسم الدعوى(٣).

وبعد توضيح الخصائص المشتركة للقواعد الاجرائية المتبعة امام محاكم القضاء الاداري في دول القضاء المزدوج, نعود لمناقشة ما ورد في القانون من قواعد اجرائية يجب اتباعها عند رفع الدعوى الادارية امام محكمة القضاء الاداري.

بدءاً ذي بدء نقول ان القانون لم يتضمن قواعد اجرائية خاصة بالمنازعات الادارية على نحو ما هو عليه الحال في دول القضاء المزدوج, ومن جانب اخر لم يشر صراحة الى امكانية تشريع قانون خاص بالاجراءات الادارية مستقبلاً.

أن المشرع قد اكتفى ببعض النصوص المتواضعة لبيان ثمة اجراءات يجب اتباعها قبل واثناء نظر الدعوى الادارية وجعل قانون المرافعات المدنية مكملاً لما لم يرد به نص في القانون المذكور.

وهكذا أراد المشرع ان يكون قانون المرافعات المدنية الاصل في اجراءات نظر الدعوى الادارية, والاستثناء ما ورد في المادة(٧) – ثانياً من القانون, وكان من الافضل لو ان المشرع قد اعطى بعض المرونة لنص الفقرة(٢) من- ثانياً- من المادة(٧) وذلك بصياغة النص على النحو التالي " تسري في شأن الاجراءات التي تتبعها المحكمة فيما لم يرد به نص في هذا القانون, الاحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية الى ان يصدر قانون خاص بالاجراءات الادراية".

وبذلك فإن المشرع العراقي قد قطع الطريق امام القاضي الاداري كي يجتهد في استنباط القواعد الاجرائية التي تتلائم مع طبيعة المنازعة المعروضة امامه.

---

(١) انظر الطماوي- مصدر سابق- ص ٩٦٥, وانظر كذلك الدكتور ماجد راغب الحلو – القضاء الاداري- الاسكندرية, ١٩٧٧, ٢٥٢.

(٢) د. ماجد راغب الحلو – مصدر سابق- ص ٢٥٣.

(٣) حيث يجري الاعلان بالطريق الاداري, والرسوم القضائية اقل نسبيا من الرسوم القضائية في الدعوى المدنية. انظر في ذلك الدكتور الطماوي- مصدر سابق ص ٩٦٦

ان القانون اشترط قبل تقديم الطعن امام محكمة القضاء الاداري ان يتظلم صاحب الطعن لدى الجهة الادارية المختصة التي عليها ان تبت في التظلم وفقا للقانون خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسجيل التظلم لديها(١).

أن المشرع كان موفقا عندما نص على وجوبية التظلم, إذا ان ذلك يعطي الفرصة الكافية للجهة الادارية كي تتفحص قراراتها المشكو منها والتأكد من صحتها وتصحيحها في حالة اكتشاف العيب فيها قبل الطعن بها امام المحكمة, مما يخفف كثيراً عن كاهل المحكمة, فضلاً عن ان تصحيح القرار الاداري قبل الطعن به قضائيا يوفر الكثير من الجهد والنفقات لاطراف الخصومة (الادارة- الافراد).

أن الادارة ملزمة ان تبت بالتظلم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل الطلب, وعند عدم البت فيه أو رفضت التظلم, فإن للمتظلم اللجوء الى محكمة القضاء الاداري.

وقد أوجب القانون على المتظلم ان يقدم طعنه الى المحكمة خلال ستين يوماً من تاريخ انتهاء مدة الثلاثين يوماً المحددة للتظلم الاداري, والا سقط حقه في الطعن القضائي(٢).

أن المشرع العراقي يكون بهذا النص قد ساير ما استقر عليه الحال في دول القضاء المزدوج (فرنسا- مصر). إذ من المعروف ان تحديد مدة للطعن في مشروعية القرار الاداري يقصد منها استقرار المراكز القانونية الناشئة عنه, وتوفير الثقة والطمأنينة في القرارات الادارية, وسرعة البت في المنازعات الادارية(٣).

وهكذا فإن المشرع العراقي كان موفقاً فيما حدده من مدد قانونية للتقادم المسقط ومن ثم تحصين القرار الاداري عند مضي تلك المدد.

ولكن مما يثير الاستغراب ان المشرع قد نسف هذا الهدف عندما قرر في ذيل الفقره (ز) للمتظلم الحق في مراجعة المحاكم العادية للمطالبة بحقوقه في التعويض عن الاضرار الناشئة عن المخالفة او الخرق للقوانين.

ويفهم من سياق هذا النص ان اختصاص النظر في مخالفة القرار الاداري أو خرقه للقانون ينعقد للقضاء العادي بعد انتهاء المدة المحددة لتقديم الطعن امام القضاء الاداري. وذلك لان المحكمة ستكون ملزمة عند نظر دعوى التعويض فحص مشروعية القرار الاداري.

ان المشرع بهذا النص قد أوجد ازدواجاً قضائياً بين القضائين الاداري والعادي, فاختصاص النظر في فحص مشروعية القرار الاداري والتأكد من سلامته, ومن ثم التعويض عن الاضرار

---

(١) الفقرة (هـ) من البند – ثانيا- من المادة ٧ من القانون.
(٢) فقرة (ز) من البند ثانيا – المادة ٧ من القانون.
(٣) انظر (د) طعيمة الجرف – قضاء الالغاء- دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٧٥ من ١٩٤. وانظر كذلك د. فاروق احمد خماس - مصدر سابق- ص ٢٣٦.

الناشئة عنه قد انعقد للقضاء الاداري بموجب الفقره(د). بينما انعقد الاختصاص للقضاء العادي بموجب الفقره (ز) اذا انتهى ميعاد الطعن. لذلك يتوجب على القضاء العادي قبل الحكم بالتعويض فحص مشروعية القرار الاداري, حيث ان التعويض يتوقف حصراً على مخالفه القوانين او خرقها من جانب الادارة, وهذه المخالفات او الخرق اذا امتنع على القضاء الاداري التحقق منها والبت فيها لفوات ميعاد الطعن, فلا يكون عندئذ للقضاء العادي هذه الصلاحية(١). إذ ان ذلك يؤدي الى اغتصاب اختصاص القضاء الاداري.

واضافة الى ذلك فإن هذا النص يبيح للمتظلم تجاهل محكمة القضاء الاداري, ورفع دعواه امام القضاء العادي بمجرد عدم استعمال حقه في التظلم الاداري, وفوات ميعاد التظلم. ولعل صعوبة اخرى تبدو في هذا الصدد هي ان المشرع لم يحدد فترة معينة للمطالبة بالتعويض امام القضاء العادي مما يعرض الاوضاع القانونية الناشئة عن القرار الاداري المطعون به لعدم الاستقرار والثبات.

لذلك نرى ان مدة التظلم الاداري (ثلاثين يوماً) ومدة الطعن القضائي(الستين يوما) كافية لتحصين القرار الاداري, وثبات الاوضاع القانونية.

بناء على ذلك ندعو لالغاء ذيل الفقره (ز) من القانون, وذلك لتجنب الازدواج في الاختصاص بين القضائين الاداري والعادي.

ورغم ما تضمنه القانون من هفوات بخصوص الاجراءات الواجب إتباعها امام محكمة القضاء الاداري الا أنه انفرد بميزه تجاوز بها ما وصلت اليه دول القضاء المزدوج حيث ان تحريك الدعوى الادلارية امام المحكمة يكون بناءً على طعن من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة, ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي لرفع الدعوى الادارية ان كان هناك ما يدعو الى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن(٢).

ويبدو ان المشرع اراد بهذا النص فرض ضمانه للافراد في مواجهة عسف الادارة اذا جاز لهم مقاضاتها لمجرد التخوف من احتمال حصول ضرر له من جراء تصرف اداري معين.

ان هذا النص يعتبر متقدماً على التشريعات التي سبقته في دول القضاء المزدوج (فرنسا- مصر) إذ لا تقبل الدعوى فيها الا من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة.

وتأسيساً على ما تقدم, فإننا ندعو اصدار تشريع جديد ينظم اجراءات التقاضي امام محاكم القضاء الاداري إذا ما صدر قانون بتعديل القانون الحالي.

---

(١) انظر. د. رشدي التكريتي- نظرة الى القضاء الاداري عبر حقوق الانسان – مقال منشور في جريدة الجامعة بتاريخ ١٩٩١/٢/٢١
(٢) الفقرة (هـ ١) من ثانيا من المادة ٧.

الخاتمة

بعد ان انتهينا – بحمد الله تعالى – من انجاز بحثنا الموسوم(أثر تغير الظروف على تطور القضاء الاداري في العراق) لابد وان نحدد أهم النتائج والتوصيات التي تمخض عنها البحث

أولاً:- نتائج البحث

من خلال الاطلاع على مراحل تطور القضاء الاداري في العراق والوقوف على النصوص النافذة التي تنظم هذا القضاء ممكن تحديد النتائج التالية:-

١- أن محاولات انشأ قضاء اداري متخصص في العراق كانت قديمة الا انها كلها ولدت ميتة بسبب عدم جدية الانظمة الحاكمة في تعزيز الرقابة القضائية على اعمال الادارة كي تبقى الادارة سيفاً مسلطاً على رقاب الافراد دون رقيب نزيه ومحايد.

٢- لاحظنا ان القوانين التي صدرت بشأن انشاء محاكم القضاء الاداري لم يكن الهدف منها بلورة قضاء اداري متخصص وتطبيق قواعد القانون الاداري على المنازعات الاداريه وانما هدفها تشويه هذه الفكرة وافراغها من محتواها من خلال تقييد القضاء الاداري وتحديد اختصاصاته بشكل يجنب خضوع اغلب القرارات الادارية من الرقابة القضائية.

٣- ان المشرع عندما اصدر القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٦ لم يكن جاداً في انشاء قضاء اداري متخصص يتولى النظر في المنازعات الادارية وانما كان الهدف من انشاء هذا القانون محاولة منه لاحتواء الاصوات التي كانت تنادي بانشاء مجلس الدولة العراقي ومحاكم القضاء الاداري. ولذلك فإن القانون قد تضمن الكثير من القيود التي حدت من اختصاص محكمة القضاء الاداري, لا بل اصبح هذا الاختصاص هامشياً.

٤- ان القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ لم يتضمن تنظيماً قضائياً واضحاً للقضاء الاداري حيث اقتصر على وجود محكمة القضاء الاداري في بغداد الامر الذي حرم بقية الافراد في المحافظات الاخرى من مقاضاة الادارة.

٥- أن القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ لم يتضمن القواعد الاجرائية التي يتعين اتباعها امام محكمة القضاء الاداري واكتفى بالاحالة الى قانون المرافعات المدنية.

٦- ان المشرع لم يهيأ كوادر قضائية متخصصة بالقانون والقضاء الاداريين, مما جعل ان يكون تشكيل محكمة القضاء الاداري من قضاة مدنيين غير ملمين بقواعد ونظريات القانون الاداري, الامر الذي انعكس على نوعية الاحكام القضائية.

٧- ان القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ لم يوفر الضمانات الكافية لحماية حقوق وحريات الافراد, لانه اخرج من ولاية محكمة القضاء الاداري المراسيم والقرارات الادارية التي تصدر من رئيس الجمهورية أو التي تصدر من الوزراء والرؤساء الاداريين بناء على توجيهات رئيس الجمهورية. فضلاً عن القرارات الادارية التي تصدر تنفيذا للقوانين التي منع المشرع الطعن فيها امام القضاء.

٨- ان المشرع لم يوفر الضمانات اللازمة . لحماية موظفي الدولة من تعسف الجهات الادارية فيما اجاز للوزراء والرؤساء الاداريين اصدار بعض العقوبات الادارية بدون تحقيق اصولي مع الموظف ودون أن يكون للموظف حق الطعن بهذه القرارات.

ثانياً:- التوصيات

بعد عرض اهم النتائج التي خرج بها البحث لابد وان نختم هذا البحث بجملة من التوصيات التي تساعد على اصدار قانون جديد لتنظيم القضاء الاداري العراقي خاصة بعد المتغيرات الكبيرة التي حدثت في العراق بسبب تغيير النظام السياسي السابق مما يجب ان ينعكس ذلك على الوضع التشريعي بما يؤدي الى ضمان حقوق وحريات الافرادمن جهة ومراعاة مصالح الادارة من جهة اخرى .

واهم هذه التوصيات هي :

١- اصدار قانون جديد لتنظيم القضاء الاداري على غرار ما هو عليه الوضع في دول القضاء المزدوج وخاصة في مصر حيث اصبح القضاء الاداري فيها نموذجاً مهما جدير بالدراسة ,للاستفادة منه عند انشاء قضاء اداري عراقي .

٢- نقترح ان يتكون تنظيم القضاء الاداري العراقي من مجلس الدولة العراقي ومحاكم قضاء اداري في العاصمة والمحافظات وذلك تسهيلا للمتقاضين واقتصادا للجهد والنفقات.

٣- نقترح انشاء معهد للقضاء الاداري العراقي لاعداد قضاة اداريين متخصصين بموضوعات القانون والقضاء الاداريين.

٤- عدم تضمين القانون الجديد اي استثناءات تحد من اختصاص القضاء الاداري وعدم تحصين اي نوع من المراسيم والقرارات الادارية مهما كانت جهة اصدارها.

٥- يجب ان يكون اختصاص القضاء الاداري اختصاصا عاما وشاملا يتناول جميع المنازعات الادارية , كالقرارات الادارية ودعاوي المسؤولين الادارية , والعقود الادارية وغيرها .

نامل ان نساهم من خلال هذا البحث بنتائجه وتوصياته باغناء محاولات انشاء قضاء اداري متخصص ومستقل في العراق على ضوء الظروف والاوضاع الجديدة التي يمر بها العراق بما يعزز حماية حقوق وحريات الافراد وتحقيق المصالح العامة للدولة في الوقت ذاته .

ومن الله التوفيق

الباحث

قائمة المصادر

١- الدكتور سليمان محمد الطماوي-القضاء الاداري- الكتاب الاول-قضاء الالغاء-(دار الفكر العربي)١٩٨٦.

٢- الدكتور طعيمة الجرف-قضاء الالغاء(دار النهضة العربية) القاهرة ١٩٧٥.

٣- الدكتورعصام عبد الوهاب البرزنجي(الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق و آفاق تطورها) مجلة العلوم القانونية و السياسية المجلد الرابع العدد ١،٢،١٩٨٥.

٤- الدكتور ماجد راغب الحلو-القضاء الاداري-الاسكندرية-١٩٧٧.

- الدكتور عصام عبد الوهاب البرزجي بحثه (مجلة شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي) منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد التاسع، العددان الأول والثاني، العراق، ١٩٩٠.

٥- الدكتور علي جمعة محارب. التأديب الإداري في الوظيفة العامة,دراسة مقارنة في النظام العراقي و المصري و الفرنسي و الانكليزي,دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس,١٩٨٦.

٦- الدكتور فاروق احمد حماس(محكمة القضاء الاداري في ضوء القانون ١٠٦ لسنة١٩٨٩) المنشور في مجلة العلوم القانونية المجلد الياسع العدد ١،٢،١٩٩٠.

٧- الدكتور رشدي التكريتي-نظرة الى القضاء الاداري عبر حقوق الانسان-مجلة الجامعة ١٩٩١-٢-٢١.

٨- الدكتور ضامن حسين عليوي(المجالس واللجان الادارية ذات الاختصاص القضائي في العراق)- ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد,١٩٨٤.

٩- القاضي خالد عبد الغني (دور القضاء الاداري في الرقابة على اعمال الادارة)بحث مقدم الى مجلس العدل ١٩٩١.

١٠- قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧.

١١- قانون التدوين القانوني ٤٩ لسنة ١٩٣٣.

١٢- قانون المحاكم الادارية ١٤٠ لسنة ١٩٧٧.

١٣- قانون انضباط موظفي الدولة ٤١لسنة ١٩٢٩.

١٤- قانون انضباط موظفي الدولة ٦٩ لسنة ١٩٣٦.



REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR

LA FACULTE DE DROIT

UNIVERSITE D'ALEXANDRIE